

# Los ODS

como punto de partida  
para el fomento de la calidad  
del **empleo femenino**



DIRECCIÓN  
E. M. Blázquez Agudo

Editorial Dykinson



LOS ODS COMO PUNTO DE PARTIDA PARA  
EL FOMENTO DE LA CALIDAD DEL EMPLEO FEMENINO



LOS ODS COMO PUNTO DE PARTIDA PARA  
EL FOMENTO DE LA CALIDAD DEL EMPLEO FEMENINO

E. M. BLÁZQUEZ AGUDO (Dir.)

© 2018 Autoras

Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9148-895-8  
Depósito Legal: M. 35573-2018

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/27638>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## ÍNDICE

1. El concepto de discriminación indirecta: su delimitación y aplicación en el derecho social comunitario europeo y español. <i>Elisa Sierra</i>	11
2. Colectivos vulnerables y género. <i>María Gema Quintero Lima</i>	27
3. La flexibilidad en el tiempo y en el lugar de trabajo como elemento de mantenimiento de las trabajadoras con responsabilidades familiares en el mercado. <i>Patricia Nieto Rojas</i>	49
4. Seguridad Social y discriminación intersectorial: la edad y la discapacidad desde la perspectiva de género. <i>Eva M. Blázquez Agudo</i>	71
5. Trabajo autónomo decente de la mujer. <i>María Teresa Alameda Castillo</i>	93
6. Fomentando la formalización del emprendimiento femenino con un registro electrónico de empresas y una entidad de responsabilidad limitada simplificada. <i>Marta García Mandaloniz</i>	131
7. La Meta 8.7 del Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 8: Una aproximación al incumplimiento por parte del Reino de España. <i>Tania García Sedano</i>	175
8. Los objetivos de desarrollo sostenible y el trabajo de cuidados: el caso de las madres comunitarias en Colombia. <i>Yenny Zuleima Carreño Contreras</i>	199





Esta monografía tiene su origen en el Proyecto “Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino”, que ha sido financiado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Resolución de 13 de diciembre de 2017, del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, por la que se conceden subvenciones destinadas a la realización de postgrados de estudios de género y actividades del ámbito universitario relacionadas con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, para el año 2017).

El equipo investigador, dirigido por Dña. Eva María Blázquez Agudo (UC3M), consta de la siguiente composición:

Dña. María Silveria Agulló Tomás (UC3M)  
Dña. María Teresa Alameda Castillo (UC3M)  
Dña. Cristina Aragón Gómez (UC3M)  
Dña. Olimpia del Águila Cazorla (UVM)  
Dña. Magdalena Díaz Gorfinkiel (UC3M)  
Dña. Maravillas Espín Sáez (UAM)  
Dña. Marta García Mandaloniz (UC3M)  
Dña. Tania García Sedano (UC3M)  
D. Pablo Gimeno Díaz de Atauri (UC3M)  
Dña. Amanda Moreno Solana (UC3M)  
Dña. Patricia Nieto Rojas (UC3M)  
Dña. María Gema Quintero Lima (UC3M)  
D. Daniel Pérez del Prado (UC3M)  
D. Manuel Sánchez Reinón (UC3M)  
D. Ana Belén Santos Esteban (UC3M)  
Dña. Elisa Sierra Hernáiz (Universidad Pública de Navarra)  
Dña. Vanesa Zorrilla Muñoz (UC3M)  
Dña. Yenny Zulima Carreño Contreras (Universidad Externado de Colombia)

Asimismo, bajo la dirección de la profesora Blázquez, varios miembros del equipo investigador (la profesora Alameda, la profesora Muñoz, el profesor Pérez del Prado y la profesora Moreno) han impartido el Mooc: SDG: Moving Towards Sustainable Work en la plataforma Edx (<https://www.edx.org/es/course/sdg-moving-towards-sustainable-work>).



# **EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: SU DELIMITACIÓN Y APLICACIÓN EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO EUROPEO Y ESPAÑOL**

Elisa SIERRA HERNÁIZ

Universidad Pública de Navarra

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**RESUMEN:** A pesar de que la prohibición de discriminación indirecta es un principio jurídico arraigado en nuestro ordenamiento jurídico, no se ha conseguido erradicar de nuestro sistema de relaciones laborales los efectos de este tipo de conductas que dificultan la consecución de una verdadera igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras no solo en el mercado laboral sino en la sociedad en general. Es por ello que es necesario realizar un estudio de cómo se está llevando a cabo su aplicación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Españoles.

**Palabras clave:** impacto adverso, igualdad, discriminación

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La noción de discriminación indirecta. Su configuración legal. 2.1. Concepto y clases de discriminación. 2.2. La regulación legal del concepto de discriminación indirecta en el derecho comunitario europeo y su recepción en el ordenamiento jurídico español. 3. La aplicación de la prohibición de discriminación indirecta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales Españoles. 3.1. Doctrina general. 3.2. La inversión de la carga de la prueba y la relevancia de la prueba estadística. 3.3. El ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. 3.4. La determinación del cómputo del tiempo de trabajo. 3.5. Criterios de selección y condiciones de contratación. 4. Bibliografía

**The Concept of indirect discrimination: its delimitation and application in European and Spanish Social Law**

**ABSTRACT:** Despite of the fact that the prohibition of indirect discrimination is a legal principle in our legal system, it has not been possible to eradicate from our labor relations system the effects of this type of behavior that prevents the achievement of true equality of opportunities between women and men not only in the labor market but in society in general. That is why it is necessary to study how its application is being carried out by the Court of Justice of the European Union and the Spanish Courts.

**Key words:** adverse impact, equality, discrimination

## 1. Introducción

Uno de los conceptos claves para el logro de una verdadera igualdad de oportunidades de las mujeres en el mercado laboral es la noción de discriminación indirecta que, junto a la discriminación directa, integra la prohibición de discriminación como derecho fundamental y como pilar de un Estado social de derecho que propugna, entre otros, el respeto a la dignidad y la superación de todos los obstáculos que impiden la igualdad real, no solo formal, de sus ciudadanos y de los colectivos que integran la sociedad<sup>1</sup>.

A pesar de los avances logrados, hoy en día la situación de discriminación de las mujeres en el mercado laboral europeo y español podría definirse como estructural<sup>2</sup>. Una de las principales razones de la misma es la discriminación indirecta que padecen las trabajadoras en muchos ámbitos de la relación laboral, no solo en materia salarial. En este contexto, ha sido fundamental el papel jugado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ya que marca las pautas de interpretación tanto para el derecho comunitario europeo como para los derechos nacionales, que han debido adaptar sus legislaciones nacionales y sus criterios jurisprudenciales a los diversos fallos de dicho Tribunal en esta materia. Un ejemplo de ello son las constantes referencias en los pronunciamientos de los Tribunales españoles a la doctrina del TJUE en su texto para interpretar las normas cuestionadas<sup>3</sup>.

---

1 Sobre la relevancia de este principio como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico europeo véase: LÓPEZ INSUA, B. *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*. Murcia: Ediciones Laborum, 2017, págs., 23 y ss y LOUSADA AROCHENA, J.F. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014, págs., 125 y ss.

2 Véase al respecto los datos de los informes: [http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/index.html](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/index.html); *Informe del mercado de trabajo de las mujeres estatal 2017*. [www.sepe.es/contenidos/...mercado\\_trabajo/int2017\\_datos2016\\_estatal\\_mujeres.pdf](http://www.sepe.es/contenidos/...mercado_trabajo/int2017_datos2016_estatal_mujeres.pdf). Por lo que se refiere a la situación en los países de la Unión Europea consúltese *2018 Report on equality between women and men in the European Union*: [ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc\\_id=50074](http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=50074) y *Gender Equality Index 2017: Measuring gender equality in the European Union 2005-2015*. <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/gender-equality-index-2017-measuring-gender-equality-european-union-2005-2015-report>.

3 Es de destacar como esta materia ha sido uno de los principales ejes de actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el mismo origen de la Comunidad Económica Europea, con sus pronunciamientos sobre la interpretación y aplicación del artículo 119 del Tratado de Roma y de las Directivas 76/207/CEE del Consejo, de 9 de

En este sentido, la prohibición de discriminación es uno de los principios fundamentales del derecho comunitario europeo original y derivado y también de actuación de las políticas sociales comunitarias<sup>4</sup>. En la actualidad, las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea garantizan la aplicación del principio de igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor (artículo 157.1), definiéndose que ha de entenderse por retribución (artículo 157.2)<sup>5</sup>. A su vez, y por lo que respecta al derecho derivado, la Directiva 54/2006, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) define los conceptos de discriminación directa e indirecta, acoso, acoso sexual, retribución y regímenes profesionales de la seguridad social. Especial mención realiza respecto de la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, para un trabajo igual o de igual valor, teniendo que existir criterios comunes

---

febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

4 En esta materia el Derecho Internacional ha desempeñado un papel fundamental en la recepción de estos conceptos en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido, es de resaltar el Convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958 y el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, ambos de la Organización Internacional del Trabajo. Otro instrumento de referencia la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de noviembre de 1979 aprobado por la Organización Naciones Unidas. Véase al respecto: FERNANDEZ LOPEZ, MF. “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral” en AA.VV. *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018, págs., 207 y ss.

5 “Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida. b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”.

a ambos sexos si las retribuciones se establecen en la clasificación profesional (artículo 4); en los regímenes profesionales de seguridad social, con un ámbito objetivo y subjetivo de aplicación muy amplio (artículo 9) o, en general, en el acceso al empleo, formación profesional, promoción o condiciones de trabajo (artículo 14)<sup>6</sup>.

Pues bien, uno de los principales problemas a la hora de detectar y erradicar conductas discriminatorias de tipo indirecto es la dificultad de identificarlas y probarlas en la práctica empresarial, prueba que habrá de realizarse caso por caso, valorando todas las circunstancias concretas de cada supuesto concreto, de ahí la importancia del estudio de la doctrina de los distintos Tribunales de Justicia al respecto<sup>7</sup>.

---

6 En cuanto a qué medidas concretas propone el legislador europeo para alcanzar el cumplimiento de estos conceptos cabe destacar el Compromiso estratégico para la igualdad entre hombres y mujeres 2016-2019 [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/strategic\\_engagement\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/strategic_engagement_es.pdf), que sigue en la línea del Pacto Europeo para la igualdad de género 2011-2020. Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 (2011/C 155/02).

7 Sobre la reciente jurisprudencia comunitaria acerca de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación véase: NAVARRO NIETO, F. “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, nº 130, 2015, págs., 91 y ss. Sobre aspectos concretos de la misma que no son objeto de estudio en el presente trabajo consúltase RODRIGUEZ CRESPO, M.J. “Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos disponibles en tiempos de crisis”, en SAÉZ LARA, C (Coord). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016, págs., 21 y ss. Respecto de los trabajadores a tiempo parcial véase FERRADANS CARAMÉS, C. “Impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores a tiempo parcial” en AA.VV. *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro Homenaje a la Profesora Teresa Pérez del Río*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, págs., 266 y ss y MUÑOZ MOLINA, J. “La mujer en el ordenamiento de la seguridad social” en SAÉZ LARA, C (Coord). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016, págs., 194 y ss. Finalmente, para la discriminación retributiva, brecha salarial y aplicación del principio de igual salario por un trabajo de igual valor véase SAÉZ LARA “¿Es posible eliminar la brecha salarial de género? en SAÉZ LARA, C (Coord). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016, págs., 103 y ss y DE NIEVES NIETO, N. “Igualdad y no discriminación en materia salarial” en GARCÍA MURCIA, J (Dir). *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, págs., 480 y ss.

## 2. La noción de discriminación indirecta. Su configuración legal

### 2.1. Concepto y clases de discriminación

La noción de discriminación atiende a tratamientos peyorativos, con independencia de la intención o no de discriminar, que suponen un ataque directo a la dignidad de la persona, la negación del individuo como persona. Desde esta interpretación, son los efectos de las conductas, su resultado final y no la intención del que las realiza, lo determinante para calificar un acto como discriminatorio<sup>8</sup>. Como tal, se trata de un fenómeno complejo en el que tradicionalmente se han identificado dos clases de discriminación, dependiendo de a qué concepto de igualdad se haga referencia. Así, la discriminación directa se delimita como la cara inversa o negativa del principio de igualdad formal mientras que la discriminación indirecta es manifestación del principio de igualdad sustancial o material. Sin embargo, y ante la persistencia de los fenómenos de discriminación persistentes de difícil erradicación, en la actualidad está emergiendo el concepto de discriminación múltiple que, junto al concepto de discriminación social, intentan dar una respuesta para acabar con dichas situaciones<sup>9</sup>, lo que no está exento de dificultades y polémicas – véase la interpretación del TJUE sobre las medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el mercado laboral<sup>10</sup>–.

Respecto a qué tipos de discriminación existen, en primer lugar, la discriminación directa hace referencia a cualquier acto, conducta o comportamiento que suponga un tratamiento o decisión perjudicial o desfavorable

---

8 RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M; FERNANDEZ LOPEZ, MF. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, págs., 83 y ss; SAÉZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: CES, 1994, págs., 33 y ss.

9 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres” en AA.VV. *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro Homenaje a la Profesora Teresa Pérez del Río*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Sevilla), 2015, págs., 30 y ss; SIERRA HERNÁIZ, E. *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: CES, 1999, págs., 23 y ss.

10 Sobre la evolución del TJUE en la interpretación y aplicación de las medidas de acción positiva: SIERRA HERNÁIZ, E. “Las medidas de acción positiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Evolución y análisis crítico” en AA.VV. *Género y Derechos Humanos*. Zaragoza: Mira Ediciones, 2002, págs., 110 y ss.

fundamentada precisamente en el sexo de la persona, siendo irrelevante la intención de discriminar puesto que lo importante es el efecto perjudicial de la conducta discriminatoria de quien la sufre<sup>11</sup>. Como tal, es un concepto bilateral y neutral, ya que protege tanto al varón como a la mujer, salvo en la protección de la trabajadora en situación de embarazo, parto, riesgo por embarazo y lactancia natural que es unidireccional por el hecho biológico exclusivo de la mujer, que no admite justificación empresarial alguna dado los valores que protege<sup>12</sup>.

Un ejemplo de conducta discriminatoria es analizado en la sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 10 de enero de 2017, RJ\2017\38. El supuesto de hecho analizado es la reclamación de unas trabajadoras ante la afectación de la parte variable de su salario, en concreto del sistema por incentivos, al computar, dentro de los días productivos, como ausencias las situaciones de baja maternal, las seis semanas obligatorias post parto y la baja por riesgo durante el embarazo. En concreto, durante el primer mes tras la reincorporación de dichas bajas las trabajadoras no reciben retribución alguna en concepto de incentivos, lo que implica una disminución significativa de su salario. El Tribunal tiene en cuenta en su resolución que en la plantilla de la empresa apro-

---

11 Respecto a la inexigibilidad de la intención de discriminar véase la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su fallo de 23 de febrero de 2018, AS/2018/676, y toda la doctrina que cita: “(...) no resulta admisible que se niegue ‘la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma”.

12 Por todos, SAÉZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, op.cit, págs., 33 y ss. La Ley Orgánica de Igualdad, en el artículo 6.1, la define como: “Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable” y la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio, en su fundamento jurídico 2, entiende por tal: “un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa”. A su vez, la Directiva 54/2006, de 5 de julio, en el artículo 2. Definiciones, considera que existe: “a) «discriminación directa»: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”.



ximadamente el 80% son trabajadoras a tiempo parcial y también el carácter obligatorio de los permisos para las trabajadoras. Así, todas las situaciones están relacionadas con la maternidad como hecho biológico exclusivamente femenino. Para el TS estamos ante un supuesto de discriminación directa, ya que son situaciones que afectan solo a las mujeres, siguiendo la doctrina fijada en su pronunciamiento de 31 marzo 2015 (RJ 2015, 1838), según la cual:

*«Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales...»*

El segundo tipo de discriminación es la indirecta, que hace referencia a prácticas o conductas formalmente neutras en las que el sexo no es objeto de consideración inmediata a la hora de adoptar la decisión discriminatorio pero sí que lo es por el impacto adverso que tiene en un colectivo históricamente discriminado<sup>13</sup>. A diferencia de lo que sucede con el concepto de discriminación directa, en este supuesto sí que se permite que el empresario pueda justificar su decisión, demostrando que la misma responde a criterios objetivos, necesarios e idóneos, no relacionados con el sexo de las personas, por lo que es fundamental aportar indicios de dichas conductas por parte de quien demande para poder proceder a invertir la carga de la prueba. Ello implica que el empresario deberá justificar sus decisiones, alegando motivos totalmente ajenos a factores de discriminación, para superar el juicio de igualdad. En caso contrario, su decisión será declarada discriminatoria y, por lo tanto, nula.

Como consecuencia de ello, esta noción de discriminación se refiere a conductas que afectan a un colectivo y tiene un carácter amplio al comprender todo tiempo de prácticas, criterios o cualquier medida que produzca un efecto discriminatorio. A su vez, es fundamental identificar el efecto desfavorable que produce la medida empresarial, esto es, cómo afecta a un número mucho más amplio de trabajadoras que de trabajadores, identificación que habrá de realizarse caso por caso, analizando todas las circunstancias concurrentes del

---

<sup>13</sup> Por todos, SAÉZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, op.cit, págs., 105 y ss.

supuesto analizado por los tribunales. Como tal es un concepto más vinculado con el principio de igualdad sustancial más que formal ya que la aparente neutralidad de la medida se convierte en un factor de desigualdad en la realidad empresarial.

## **2.2. La regulación legal del concepto de discriminación indirecta en el derecho comunitario europeo y su recepción en el ordenamiento jurídico español**

La aprobación de la Directiva 54/2006, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación supuso la refundición de las principales Directivas comunitarias sobre igualdad y no discriminación, entre otras de dos normas fundamentales: la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 86/378/CEE 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Para el legislador comunitario existe discriminación indirecta cuando:

*“Artículo 2. 1. b) «discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.*

En el ordenamiento jurídico es de destacar la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), que da desarrollo a los artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española, que en el artículo 6.2 establece que:

*“2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.*

Con todo, la referencia más importante en esta materia ha sido la delimitación conceptual que de la misma realiza la STC 145/1991, de 1 de julio, en su fundamento jurídico 2:

*“que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.*

En cuanto a la regulación en el Estatuto de los Trabajadores (ET), el artículo 17 declara la nulidad de: *“los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta...”* mientras que el artículo 28 reconoce que: *“El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla”.* A su vez, el artículo 23.2, que regula la promoción y formación profesional en el trabajo, obliga a la negociación colectiva a que pacte: *“los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo”.* Finalmente, el artículo 24.2 establece a que los criterios y sistemas de ascensos y promoción profesional no den lugar a discriminaciones directas o indirectas.

### **3. La aplicación de la prohibición de discriminación indirecta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales Españoles**

#### **3.1. Doctrina general**

El caso Bilka, asunto 170/84, de 13 de mayo de 1986, supuso un punto de inflexión en la aplicación del concepto de discriminación indirecta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puesto que fijó los criterios para calificar una conducta como discriminación indirecta y también

qué motivos puede alegar un empresario para justificar el impacto adverso de su decisión<sup>14</sup>.

Así, el Alto Tribunal Europeo estimó la infracción del antiguo artículo 119 del Tratado de Roma al considerar que la regulación de un régimen complementario de pensiones de una empresa que excluía a los trabajadores a tiempo parcial que no acreditasen una cotización de 15 años completos en un período de referencia de 20 años producía un impacto adverso y, por lo tanto, una discriminación indirecta respecto de las trabajadoras, puesto que era el colectivo más afectado por la aplicación de la disposición impugnada, ya que utilizaban el trabajo a tiempo parcial para compaginar la vida laboral con la atención y cuidado de los hijos y de la familia.

Una vez determinada la existencia de discriminación indirecta el Tribunal analizó si la justificación aportada por la empresa superaba los cánones del juicio de proporcionalidad. Para ello, es necesario que la empresa alegue motivos económicos objetivamente justificados –“razones económicas objetivas relativas a la gestión de la empresa”–, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así: “cuando se constate que los medios elegidos para alcanzar este objetivo responden a una exigencia efectiva de la empresa, son idóneos para alcanzar el objetivo de que se trata y son necesarios a tal fin”. En este caso, el Tribunal no admitió la justificación de la empresa que alegó querer emplear al menor número posibles de trabajadores a tiempo parcial, puesto que dicha justificación no está conecta con el interés general de la empresa en el sector de los grandes almacenes.

Por lo tanto, para el TJUE es irrelevante la valoración subjetiva que la empresa realice acerca de la existencia de la necesidad que le lleve a adoptar la medida, debiendo superar un test de esencialidad, esto es, que la medida sea indispensable para la empresa, no existiendo medios alternativos que permitan alcanzar el objetivo empresarial sin vulnerar la prohibición de discriminación<sup>15</sup>.

---

14 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es muy prolija en esta materia. Entre otros, véase, entre otras, las Sentencias Kording, C-100/95, de 2 de octubre de 1997 y Riežniece, C-7/12, de 20 de junio de 2013.

15 SAÉZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, op.cit, págs., 128-129 y RUBENSTEIN, M. “Teorie sulla discriminazione” en *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n° 7 (1990), págs., 91 y ss.

### 3.2. La inversión de la carga de la prueba y la relevancia de la prueba estadística

En su fallo de 23 de febrero de 2018, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid recuerda la importancia de la prueba estadística para aportar indicios válidos que permitan a las demandantes solicitar la inversión de la carga de la prueba ante conductas discriminatorias de carácter inverso, aplicando para ello las Sentencias del TS de 14 de mayo de 2014, RJ 2014/2808 y de 18 de julio de 2011, RJ 2011/6560, así como el fallo del TC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004:

*“la estadística puede constituir una decisiva fuente de indicios de discriminación indirecta, según estableció ya la precitada, donde se dice: ‘Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (...) y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (...) en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho. Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que ‘cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación, en este caso las mujeres, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”*

Un ejemplo de cómo se aplica en cada caso concreto es posible analizarlo en la Sentencia del TSJ de Madrid, de 10 de febrero de 2017, AS\2017\1167.

En esta ocasión, el Tribunal considera que existe discriminación indirecta por razón de sexo en un despido objetivo, en concreto el de una trabajadora que disfrutaba de una reducción de jornada por guarda legal de un menor. Para ello, tiene en consideración el porcentaje de trabajadores con reducción de jornada respecto de la plantilla total –un 11,89%- y también cuantos de los trabajadores despedidos disfrutaban de la reducción por guarda legal -6, de los cuales 3 eran mujeres, lo que supone un 50% de los despidos- lo que implica un porcentaje muy superior al global en relación con la totalidad de la plantilla -menos del 12 por 100-.

A su vez, en el concreto departamento donde prestaba servicios la demandante fueron despedidas las dos únicas personas con reducción de jornada, ambas mujeres, de un total de 11 integrantes -100% de los trabajadores con derecho a reducción de jornada-. En total, de los 39 trabajadores con reducción, 35 eran mujeres y 4 hombres, lo que supuso el 89,74 % del total de despedidos. Igualmente, de los datos de la Encuesta de Población Activa se desprende que solo un 2% de los hombres 2 por 100 de hombres redujeron su jornada laboral por cuidado de hijos, porcentaje que, en cambio, ascendió al 20,90 por 100 en el caso de las mujeres, es decir, diez veces más.

Para el Tribunal, ello supone una desproporción entre los trabajadores despedidos con reducción de jornada y los trabajadores que no la estaban disfrutando, estando acreditado el indicio de discriminación indirecta, sin que la empresa fuese capaz de aportar una justificación objetiva y razonable de porqué eligió precisamente a esas trabajadoras y no a otros trabajadores.

### **3.3. El ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar**

El Tribunal Supremo, en su pronunciamiento de 6 de abril de 2018, JUR\2018\115471, declara la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo ante una cláusula convencional que establecía una forma de cálculo de las retribuciones variables durante los períodos de disfrute del derecho de reducción de jornada por guarda legal de un menor<sup>16</sup>.

---

16 En concreto, se analiza la Disposición Transitoria 2ª del IV Convenio Colectivo de la empresa Cremoni Rail Ibérica, BOE, de 11 de julio de 2013, que disponía: “ *no se computen las cuantías realmente percibidas durante la situación de IT derivada de contingencias comunes o accidente de trabajo, por maternidad o riesgo en embarazo, o reducción de jornada al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.4.4bis,5 y 7 del ET (RCL 1995,*

*“Así sucede en el caso analizado, puesto que el ejercicio por parte de las demandantes del derecho a reducción de jornada, ha comportado para las mismas un efecto negativo y peyorativo en sus condiciones retributivas, en la medida en que, tanto en relación con el importe del complemento ad personam histórico, como el complemento fijo teórico, la determinación hacia el futuro del importe final a efectos de adecuación salarial, se ha visto perjudicada por la circunstancia de tomarse como referencia el período en que las mismas se encontraban haciendo uso de la reducción de jornada, con repercusión sobre el importe de sus retribuciones variables, inferiores a las que perciben cuando prestan servicios a tiempo completo, de modo que si el período de referencia para el cálculo de dicha adecuación hubiera sido otro o se hubiera tomado en consideración el importe promedio que les correspondería en ese mismo período en caso de desempeñar jornada completa, dicho perjuicio económico no se habría producido; (...) ese afecto adverso aparece directamente vinculado al ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, que como ha quedado expuesto, pese a ser titularidad de hombres y mujeres, se ejercitan de forma absolutamente mayoritaria por las trabajadoras femeninas, lo que permite apreciar, en los términos anteriormente expuestos, la concurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo. como el ejercicio de los derechos de reducción de jornada por cuidado de un menor, reconocidos indistintamente a trabajadores varones y mujeres, pero mayoritariamente utilizados por el colectivo de mujeres trabajadoras, han supuesto para las demandantes un perjuicio carente de justificación en la determinación de la retribución que les corresponderá en el futuro, perjuicio vinculado a su condición de mujeres y ejercicio por las mismas de tales derechos, sin que se haya acreditado justificación objetiva alguna para ello”.*

### **3.4. La determinación del cómputo del tiempo de trabajo**

En su fallo de 23 de febrero de 2018, AS/2018/676, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo por la valoración que se realiza del mérito de la antigüedad en un proceso de selección interna<sup>17</sup>. En este caso, se trataba de dos trabajadoras que recurrieron la decisión empresarial de computar únicamente el tiempo efectivo de prestación de servicios y no el tiempo transcurrido desde el inicio

---

997), en las que hubiera podido permanecer durante el período utilizado como referencia (desde el 1/11/2010 hasta 31/10/2011) el trabajador”. Para los supuestos de maternidad y riesgo por embarazo el Tribunal Supremo considera que sí se ha producido una discriminación directa por razón de sexo.

17 Sobre la existencia de discriminación indirecta para un supuesto de jornada reducida por cuidado de un menor por la negativa a abonar la parte proporcional de la prima que retribuye la puntualidad o asistencia al trabajo véase la STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 2000, AS\2000\1915.



de la relación laboral, que es la antigüedad que tienen reconocida en la empresa.

Las demandantes consideraron que este cálculo vulneró su derecho a no ser discriminadas ya que durante una buena parte de la duración del contrato de trabajo lo desempeñaron a jornada parcial y no completa. En este sentido, el Tribunal tiene en cuenta que las mujeres son las que más uso hacen del contrato a tiempo parcial para compatibilizar la vida laboral con la atención y cuidado de los hijos y que, además, la empresa no ha sido capaz de justificar, de una manera objetiva y razonable, porque fue necesario valorar el mérito de la antigüedad de la manera que lo hizo, esto es, no admite que por el mero hecho de trabajar a tiempo parcial y no completo se restrinja el derecho a la promoción de las trabajadoras en base al criterio de la antigüedad.

### **3.5. Criterios de selección y condiciones de contratación**

El TJUE, en el caso Caso Kalliri, de 17 de octubre de 2017, C 409-16, estudió una normativa griega que imponía a todos los candidatos a policías una estatura física mínima -1,70 cm descalzos-. La demandante medía 1,68 cm e impugnó dicha norma alegando discriminación indirecta por razón de sexo ya que la diferencia no se justifica por factores objetivos ni tampoco es adecuada y necesaria con el fin de la norma.

En su defensa, el Gobierno griego alegó que dicha exigencia tenía como finalidad *“el cumplimiento efectivo de la misión de la policía helénica y que la posesión de determinadas aptitudes físicas particulares, como una estatura mínima, constituye un requisito necesario y adecuado para alcanzar ese objetivo”*. Sin embargo, el TJUE no dio por buena dicha razón ya que *“si bien es cierto que el ejercicio de las funciones de policía relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y la custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física e implicar una aptitud física particular, no lo es menos que algunas funciones de policía, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan aparentemente un esfuerzo físico elevado”*.

A su vez, tampoco consideró que la exigencia de una aptitud física particular esté *“necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud”*, más teniendo en cuenta que en *“el caso de las Fuerzas Armadas, de la Policía portuaria y de la Guardia costera griegas, se exigen*



*estaturas mínimas diferentes para los hombres y para las mujeres y de que, con respecto a éstas, la estatura mínima es de 1,60 m, parecen también pertinentes*". El Tribunal termina señalando que "el objetivo perseguido por la normativa controvertida en el procedimiento principal podría alcanzarse mediante medidas que no perjudicaran tanto a las personas de sexo femenino, como una preselección de los candidatos al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de Policía basada en pruebas específicas que permitan verificar sus capacidades físicas".

#### 4. Bibliografía

- DE NIEVES NIETO, N. "Igualdad y no discriminación en materia salarial" en GARCÍA MURCIA, J (Dir). *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, págs. 479-526.
- FERNANDEZ LOPEZ, MF. "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral" en AA.VV. *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2018, págs. 207-229.
- FERRADANS CARAMÉS, C. "Impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores a tiempo parcial" en AA.VV. *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro Homenaje a la Profesora Teresa Pérez del Río*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, págs. 259-283.
- LÓPEZ INSUA, B. *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*. Murcia: Ediciones Laborum, 2017.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.
- MUÑOZ MOLINA, J. "La mujer en el ordenamiento de la seguridad social" en SAÉZ LARA, C (Coord). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016, págs. 163-201.
- NAVARRO NIETO, F. "El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria", *Temas Laborales*, nº 130, 2015, págs. 83-133.
- RODRIGUEZ CRESPO, M.J. "Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos disponibles en tiempos de crisis" en SAÉZ LARA, C (Coord). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016, págs. 13-55.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M; FERNANDEZ LOPEZ, MF. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986.

- “Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres” en AA.VV. *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro Homenaje a la Profesora Teresa Pérez del Río*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Sevilla), 2015, págs. 31-39.

RUBENSTEIN, M. “Teorie sulla discriminazione” en *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº 7 (1990), págs. 85-94.

SAÉZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: CES, 1994.

- “¿Es posible eliminar la brecha salarial de género? en SAÉZ LARA, C (Coord). *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*. Murcia: Ediciones Laborum, 2016, págs. 93-119.

SIERRA HERNÁIZ, E. *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: CES, 1999.

- “Las medidas de acción positiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Evolución y análisis crítico” en AA.VV. *Género y Derechos Humanos*. Zaragoza: Mira Ediciones, 2002, págs. 105-125.

## Colectivos vulnerables y género

María Gema QUINTERO LIMA

Universidad Carlos III de Madrid

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**RESUMEN:** Es relativamente reciente el análisis de la vulnerabilidad social y económica ligada al empleo. Pero resulta preciso revisar el concepto de vulnerabilidad para deconstruirlo en aquellos elementos jurídico-laborales y de protección social que pueden ser las causas que provocan o que intensifican el grado de vulnerabilidad. Esto requiere ahondar en los condicionantes subjetivos de la persona vulnerable en el empleo. Especialmente en el género. Porque, parece, que las mujeres pueden ser sujetos especialmente vulnerables en la medida en que el género potencia los efectos perniciosos de otros eventuales condicionantes. La perspectiva de género, entonces, se haría precisa para enmarcar vectores de solución a la vulnerabilidad en el empleo, y a la pobreza como efecto más visible, a través de algunos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible presentes en la Agenda 2030

*Palabras clave* vulnerabilidad, empleo, género, pobreza, trabajo decente

**SUMARIO:** 1. Un prius: la vulnerabilidad. 1.1. Población especialmente vulnerable en el empleo. La perspectiva individual. 1.2. La perspectiva colectiva: el hogar. 2. El género y la vulnerabilidad. 2.1. Los condicionantes personales de la vulnerabilidad. 2.2. Los elementos jurídico-laborales de la vulnerabilidad. 2.3. Grados y manifestaciones de la vulnerabilidad. 3. Diagnóstico: la vulnerabilidad como causa y como consecuencia de la pobreza. La agenda 2030 como herramienta. 4. Bibliografía.

### Vulnerable Groups and gender

**ABSTRACT:** The analysis of social and economic vulnerability is quite new. But it is necessary to review the concept of vulnerability to deconstruct it in some legal-labor and social protection elements, which could be the causes that provoke or intensify the a concrete vulnerability degree. This requires to deep into the subjective constraints of the vulnerable person in employment. Especially focused on gender. Because it seems that women can be particularly vulnerable subjects insofar as gender enhances the harmful effects of other eventual conditioning factors. A gender perspective, then, would be precise framework to resolve vulnerability questions in employment, and to resolve poverty situations, as a more visible effect, through some of the Sustainable Development Goals present in the 2030 Agenda.

*Key Words:* vulnerability, employment, gender, poverty, decent work

## 1. Un prius: la vulnerabilidad.

Hablar de personas vulnerables requería un primer análisis profundo de qué sea la vulnerabilidad misma<sup>1</sup>. Sin embargo ese sería un trabajo tan interesante y necesario como excesivamente complejo para una aportación de estas características.

En primer lugar porque la vulnerabilidad es una realidad poliédrica, compuesta de distintas perspectivas (social, económica, política, antropológica, psicológica, física...). De todas ellas interesan, eminentemente, la vulnerabilidad económica, que se relaciona de modo muy directo con la vulnerabilidad social. Y, en el eje de ambas, se opta por situar un elemento nuclear, que es el trabajo/ el empleo. En tanto en cuanto el Trabajo Decente como elemento del Desarrollo Sostenible inserto el Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 de la Agenda 2030<sup>2</sup> constituye el marco general contenido en la obra más general.

O, dicho de otro modo, se trata de visibilizar si el empleo, (qué empleo y qué condiciones de empleo en sentido lato) o su ausencia, conducen a situaciones de vulnerabilidad. Y si hay connotaciones de género en ese escenario.

De esta suerte, se tratará de descomponer qué elementos jurídico-laborales, con incidencia socio-económica, pueden tener incidencia en la vulnerabilidad desde una perspectiva de género.

Se va a asumir aquí, como punto de partida el enfoque de la -como se ha

---

1 La “vulnerabilidad” es la cualidad de ser vulnerable, y “vulnerable” es quien puede ser herido o recibir lesión física o moralmente, según la RAE, *Diccionario de la lengua española*, 1999, 21<sup>o</sup> edic. p. 2110.

Obviamente, estas definiciones poco sirven para describir la realidad que se pretende analizar aquí; de ahí que sea precisa una actividad de creación y redefinición subsiguiente.

Pero tampoco desde la nada absoluta, porque ya existen algunas aproximaciones prácticas. Y sirva de ejemplo el enfoque contenido desde algunas instituciones como la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Que asumen que “*la vulnerabilidad puede definirse como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro natural o causado por la actividad humana, y para recuperarse de los mismos. Es un concepto relativo y dinámico. La vulnerabilidad casi siempre se asocia con la pobreza, pero también son vulnerables las personas que viven en aislamiento, inseguridad e indefensión ante riesgos, traumas o presiones...*” <https://www.ifrc.org/es/introduccion/disaster-management/sobre-desastres/que-es-un-desastre/que-es-la-vulnerabilidad/>

2 *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.( A/RES/70/1).

denominado<sup>3</sup>- vulnerabilidad en el empleo. Y este tipo de vulnerabilidad tendría dos esferas de manifestación, la del no-empleo (vulnerabilidad de/por la inactividad), de una parte, y la de la precariedad laboral o la vulnerabilidad en el empleo en sentido estricto.

En ambas, como trasfondo se presume una perspectiva de vulnerabilidad en términos económicos, en las que el trabajo constituiría en términos ideales una fuente de ingresos que preservaría al individuo de las situaciones de necesidad más o menos puras en las que se traduce la idea de debilidad/ desprotección que aquí se asume que conforma el marco de la vulnerabilidad.

La falta de empleo caracteriza tanto a las personas inactivas que desean trabajar aunque no buscan activamente empleo, cuanto a las personas en paro en términos de la EPA.

Junto a ellas, las personas que se encuentran en situación de precariedad laboral, las tres categorías, conforman un colectivo denominado de *personas potencialmente vulnerables* (PPV)<sup>4</sup>. La potencialidad radica en que se adopta una perspectiva individual, la del sujeto inactivo o que, activo, mantiene condiciones laborales precarias.

La vulnerabilidad se acciona, y deja de ser potencial cuando se opta por una visión colectiva. Entonces, cuando este grupo que se encuentra en riesgo de permanecer sin empleo o en riesgo de pobreza, además se insertan a) en hogares de bajos ingresos laborales o, b) en hogares de baja intensidad laboral, constituyen indubitadamente *personas en situación de especial vulnerabilidad en el empleo* (EVAE)<sup>5</sup>.

Esta última perspectiva, apriorísticamente no es muy deseable, porque adopta una opción que supera la individualización de la situación de vulnerabilidad. Al incluir al sujeto en un grupo -el hogar-, se corre el riesgo de dejar de prestar atención prioritaria a los condicionantes personales, por cuanto están mediatizados por el grupo. Esta opción, en términos de género, tiene un efecto claro: desdibujaría la vulnerabilidad femenina cuando

---

3 En este sentido se asumen instrumentalmente, por su solvencia, y porque no es el objetivo aquí realizar aportaciones técnicas nuevas, los conceptos y enfoques ligados a la vulnerabilidad ante el empleo que se encuentran glosados y descrito en, FELGUEROSO, F., MILLAN, A., TORRES, M. “Población especialmente vulnerable ante el empleo en España”. *Estudios sobre la Economía Española*, 2017/07, p. 8 y ss.

4 Esta y las categorizaciones anteriores constituyen construcciones de FELGUEROSO M, MILLAN, A. Y TORRES, M. p.8 y ss.

5 FELGUEROSO, F., MILLAN, A., TORRES, M. “Población especialmente vulnerable ante el empleo en España”. *Estudios sobre la Economía Española*, 2017/07, p. 10.

en el hogar familiar hay un trabajador (varón) estándar con ingreso laborales medios e intensidad media. Y solo la hace visible cuando en el hogar se replica una situación de vulnerabilidad extrema de los demás miembros que lo componen. Situación esta en la que la vulnerabilidad femenina sería máxima, pues.

### **1.1. Población especialmente vulnerable en el empleo. La perspectiva individual.**

Se considera dentro de este colectivo a las personas que viven en hogares de bajos ingresos o de baja intensidad laboral y que están: a) en situación de inactividad, b) en situación de desempleo o en situación de precariedad laboral. De modo más preciso:

a) las personas inactivas, a pesar de desear trabajar no buscan empleo porque creen que no lo van a encontrar o porque se encuentran en ciertas situaciones que no les permiten estar disponibles para el desempeño de una actividad laboral.

b) en lo que se refiere al colectivo de desempleados, se aglutinarían ahí tanto las personas que pierden su empleo y permanecen paradas en búsqueda activa de empleo durante un periodo corto de tiempo, pero también las personas paradas de larga duración (más de 24 meses).

c) hay un colectivo de sujetos (que se podrían incluir en el colectivo de trabajadores pobres) que como consecuencia de una situación de precariedad laboral, también serían sujetos en especial situación de vulnerabilidad. En este sentido, la precariedad laboral se proyecta en un elenco de elementos configuradores de la relación jurídico-laboral. El tipo de contrato, la duración del contrato, el encuadramiento profesional, el tipo de jornada o el tipo de sector productivo en el que se desempeña la prestación profesional en régimen de ajeneidad pueden ser condicionantes objetivos de la precariedad laboral.

Y esta precariedad laboral puede manifestarse en una vertiente puramente cuantitativa (el nivel de ingresos salariales) pero también en una vertiente más cualitativa, la de las condiciones de trabajo en sí mismas consideradas (modalidad contractual, tipo de jornada, sistema retributivo, lugar de trabajo, tipos de funciones...) y sus efectos colaterales (gastos secundarios, ligados al desplazamiento al trabajo, a cubrir gastos de cuidado de personas a cargo, por señalar los más obvios), estado de salud (ligado al tipo de trabajo en sí mismo, o a los contextos sociales y familiares, con traducción en sobrecarga

mental, o fatiga), relaciones familiares y sociales (déficits de tiempo de ocio, dificultades de conciliación básica...).

En los dos primeros grupos -a) y b) -podría formularse como hipótesis la de que la falta de empleo sea una de las causas esenciales de vulnerabilidad económica y social. Porque se entienda que la vulnerabilidad esencial es la económica, la de la carencia de un nivel suficientes de recursos.

Sin embargo, como una paradoja difícil de resolver, en el caso del colectivo de personas trabajadoras precarias, es el propio trabajo, las condiciones laborales, las que provocan una vulnerabilidad relativa, y además enervan el potencial redentor del trabajo como eje de superación del riesgo de pobreza. En efecto, paradójicamente, las condiciones de trabajo precarias, alejadas de los estándares de trabajo decente, generan situaciones de vulnerabilidad no solo económica, sino física o psicológica, y social.

Hasta ahora no se había mencionado expresamente, pero se ha de hacer ahora: la vulnerabilidad económica tiene una traducción inquietante como sinónimo de pobreza o de riesgo de pobreza y, por ende, como sinónimo de riesgo de exclusión. En este sentido, emerge un concepto ancilar: el de situación de necesidad<sup>6</sup>, como detonante de eventuales mecanismos de protección social, pero también como elemento polimorfo, que pretende diseñar sendas de políticas sociales diversas de atención a la vulnerabilidad.

La vulnerabilidad (en el empleo) también puede presentarse elevada a una segunda potencia, y se manifiesta como un efecto derivado o secundario de situaciones de empleo precaria (y obviamente de no empleo). En esta esfera, la vulnerabilidad está provocada por el hecho de que el empleo/el trabajo no conduce a una situación de protección efectiva desde los sistemas públicos de protección social. Y no lo hace porque la situación laboral del sujeto no se cohonesto con los esquemas protectores estandarizados. Los elementos de contributividad, de profesionalidad, que se asientan sobre requisitos prescacionales referidos a situaciones laborales, perjudican a las personas cuyo perfil no se corresponde con el paradigma legal de sujeto protegido de un sistema de Seguridad Social de corte continental. Algo sobre lo que se volverá más adelante.

---

<sup>6</sup> De nuevo aquí, a pesar de ser conceptos eminentemente de las ciencias sociales (la sociología, la economía), se pretenden emplear aquí de un modo instrumental, para poder enmarcar un análisis más jurídico del fenómeno de la vulnerabilidad y de la pobreza en el trabajo.

## 1.2. La perspectiva colectiva: el hogar.

La especial vulnerabilidad de los tres grupos de sujetos que se mencionaron más arriba se define inherentemente a la pertenencia a determinados tipos de hogares, a saber:

- a') hogares de bajos ingresos, y
- b') hogares de baja intensidad laboral<sup>7</sup>.

A *contrario*, cuando un sujeto pertenece a un hogar de ingresos medios o altos, o a hogares de intensidad laboral media o estándar, se puede presumir que se desliga de la condición de persona especialmente vulnerable en el empleo. En términos más globales se trata de una tendencia razonable, dado que, en clave de rentas globales disponibles, las rentas del trabajo de la persona vulnerable por estar inactiva, desempleada o en situación de precariedad laboral devienen irrelevantes porque se absorben por umbrales de rentas medias o altas de otros componentes del hogar familiar. O en otros términos, se presume que ese sujeto no se encontrará en situación de vulnerabilidad económica (bajos niveles de rentas), dado que se socializan las rentas que perciben los restantes miembros del hogar.

Esa presunción es una opción estadístico-metodológica, pero también ideológica, en la que hay un condicionamiento de género claro. Se presume la socialización de los ingresos como si hubiera una realidad indiscutible de sociedad de gananciales en las que hay *breadwinners* que mantienen a los demás miembros de la familia.

Pero esa es una realidad *líquida*<sup>8</sup> en la medida en que no siempre hay hogares que reproducen esos esquemas, y sí comienzan a generalizarse otros tipos de hogares, como los hogares unipersonales, y los hogares monoparentales/monomarentales, con hijos menores (que pueden no encontrarse en edad

---

7 En el primer caso se trata de hogares en los que ningún miembro está empleado o aquel cuyos ingresos laborales por consumo son inferiores al 60% de la media de la distribución de ingresos laborales de todos los hogares; Y en el caso de los hogares de baja intensidad laboral, se entiende que estos se definen como aquellos cuya ratio de intensidad laboral (cociente entre el número de horas semanales trabajadas y el número de horas potenciales que podrían trabajar todos los miembros del hogar, de 18 a 59 años., si lo hicieran a tiempo completo) es inferior a 0,2. Vid. FELGUEROSO, F., MILLAN, A., TORRES, M. "Población especialmente vulnerable ante el empleo en España". *Estudios sobre la Economía Española*, 2017/07, p. 8.

8 Retomando la idea de *liquidez* de Z. Baumann (*Generación líquida. Transformaciones en la era 3.0*. Editorial Paidós. 2018).



de trabajar) o con ascendientes (mayores o menores de cierta edad activa, pero incapacitados para trabajar).

De esta forma, la perspectiva colectiva adolece de una cierta miopía, porque, presume la socialización de ingresos en el hogar para excluir de la vulnerabilidad a ciertos colectivos de sujetos (que serán eminentemente mujeres). Pero, de otra parte, se deja de dar relevancia, como factor exponencial de vulnerabilidad añadida a las personas que se encuentran en hogares que no podrían ser técnicamente descritos en estos parámetros de laboralidad (no cabe medir ni los niveles de ingreso, ni de intensidad laboral porque los otros sujetos no tienen capacidad para trabajar). Todo lo anterior sin perjuicio de que haya hogares que puedan estar compuestos incluso por una multiplicidad de personas vulnerables en otros sentidos.

En todos estos casos, la presunción de no-vulnerabilidad impide visibilizar ciertos ámbitos en los que sí hay situaciones de necesidad a proteger, y por ende, podría haber eventuales políticas sociales implicadas (a definir o a implementar/ desarrollar).

## **2. El género y la vulnerabilidad.**

Algo ya se acaba de apuntar, pero convendría seguir insistiendo en la necesidad de diseccionar la vulnerabilidad a partir de consideraciones ligadas al género.

### **2.1. Los condicionantes personales de la vulnerabilidad.**

En los planteamientos precedentes, es habitual que la vulnerabilidad se presente, con las coordenadas explicitadas, enmarcada en ciertos condicionantes personales. De modo que las cuestiones de permanencia en el empleo, y las eventuales transiciones desde el empleo al no empleo, desde el no empleo al empleo precario, o desde el empleo no precario/ordinario al empleo precario, se contextualizan en determinados parámetros de edad, género, nivel formativo, región, Comunidad Autónoma, zona rural, urbana o periurbana de residencia, por señalar los ejemplos más claros. Y algo semejante sucede en los análisis que se hace de la población en riesgo de pobreza en el trabajo.

De esta forma, se establecen variables de control independientes que pueden determinar las distintas transiciones. No obstante, y aquí se produce una falla relevante, lo habitual es que el género se tome como una variable más.

Y se obvia partir de una hipótesis de trabajo: *el género es una condición presente en las situaciones de vulnerabilidad en el mercado laboral y, a la vez, es la base de otros exponentes de vulnerabilidad, tanto desde una perspectiva puramente individual, cuanto colectiva.*

Así, la edad, la discapacidad/incapacidad inicial o sobrevenida, la nacionalidad, el lugar de residencia, la ruralidad, el sector productivo predominante, son condiciones de vulnerabilidad en las que el género actúa como *condicionante acelerante*.<sup>9</sup>

Junto a lo anterior, sin embargo, en un sentido inverso, sí ha habido ejemplos en los que se han detectado situaciones de vulnerabilidad femenina conceptualmente muy potentes y visibles, pero que, en cierto modo, responden a una idea de vulnerabilidad muy reduccionista, que visibiliza situaciones muy extremas y marginales, como pudieran ser las ligadas, por señalar los objetos más claros, a la violencia de género, al trabajo forzoso y a las situaciones de trata con fines de explotación sexual o laboral, pero también a condiciones personales ligadas a las situaciones administrativas de inmigración irregular, a situaciones de reclusión en centros penitenciarios o análogos; o a, condiciones étnicas, o de salud (VIH u otras enfermedades de análoga consideración).

Junto a este tipo de vulnerabilidad indiscutida socialmente, menos mediática/extrema, pero con mayor tasa de incidencia, sí cabría vislumbrar una vulnerabilidad económica y social, vinculada al trabajo/empleo, o a su ausencia, en la que el género no es una condición personal más, sino el aglutinante de las demás condiciones. Algunas de las cuales, incluso se hacen especialmente relevantes únicamente para las trabajadoras mujeres. La asunción de responsabilidades familiares es uno de los claros exponentes. Porque la existencia de cargas familiares (ascendientes o descendientes) adquiere especial trascendencia en el acceso, salida y mantenimiento en el empleo respecto de mujeres.

No es el objeto de este trabajo el de hacer un estudio estadístico de ese efecto acelerante del género en la determinación de las tasas de especial vulnerabilidad en el empleo, sino, más bien, de señalar los extremos jurídico-la-

---

9 Y no necesariamente porque se produzcan situaciones de discriminación múltiple, aunque sería también una posibilidad. Sobre este concepto, que aquí no cabe tratar, aunque sí dejar apuntado, véase, JIMENEZ RODRIGUEZ, M.L, “El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea” *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 3, 2018, pp.196 y ss.

borales sobre los que podría construirse un eventual trabajo ulterior y que, al menos en abstracto, son los potenciales generadores de espacios potenciales de mayor vulnerabilidad.

A mayor abundamiento, se ha de traer aquí, para resaltarlo, el efecto que en términos de género provoca el hecho de que haya condicionantes de especial vulnerabilidad colectivos que presupongan la absorción o compensación *ad intra* de la vulnerabilidad de la mujer. Esa presunción inhibe tener en cuenta que hipotéticamente quepa que dentro del hogar se produzcan asimetrías de poder entre la mujer trabajadora /desempleada y los demás miembros de la familia. De suerte que la pertenencia a hogares estandarizados no siempre permitiría descartar una situación de vulnerabilidad -económica y social- efectiva real.

Sino que, antes al contrario, la circunstancia de monomarentalidad (atendiendo al número y edad de descendientes o ascendientes dependientes a cargo), o las situaciones de violencia de género, o de hegemonía marital, supondrían, en realidad otros potenciales acelerantes.

## **2.2. Los elementos jurídico-laborales de la vulnerabilidad.**

La especial vulnerabilidad en el empleo, es causa, pero también consecuencia de la concurrencia de determinadas circunstancias laborales.

Y es aquí donde adquiere cierto valor la parametrización de elementos jurídico-laborales que, presentes/predominantes en ciertos colectivos, explicarían la situación de especial vulnerabilidad.

En la tipología de contratos, habrían de destacarse como categorías con potencial incidencia, los contratos de duración determinada, o los contratos fijos-discontinuos. Pero no aisladamente considerados, porque resulta esencial tanto la duración de contrato (número de días), cuando el tipo de jornada pactada (tiempo completo o tiempo parcial, y, en este caso, el número de horas). Un sumatorio de todos estos parámetros podría conducir a una situación extrema de precariedad laboral; pero habría ciertas zonas grises (contratos indefinidos a tiempo parcial, contratos de duración determinada con cierta proyección en el tiempo, y a tiempo completo, por presentar algunas de las combinaciones menos precarizantes).

Los contratos de duración determinada, su temporalidad en realidad, generan situaciones económicas expectantes. Tanto más cuanto más breve sea la duración. Como consecuencia de las dinámicas del mercado de trabajo es-

pañol, no solo es relevante la tasa de temporalidad, sino también la duración media de los contratos y, por ende, el número de contratos celebrados por una misma persona al año. La temporalidad, en abstracto se puede traducir en un ingreso constante, al mismo tiempo que perentorio, al mercado de trabajo. Que en paralelo constituye una expulsión constante del mismo. Expulsión que no siempre es necesariamente igual de perentoria, sino que se puede prologar durante periodos diversos de inactividad subsidiada o no.

De esta suerte se pone de manifiesto un tipo de vulnerabilidad-maleabilidad de la condición de persona asalariada. Que repercute en el nivel de ingreso que pueda recibir la persona trabajadora temporal, atendiendo al salario/día.

Ligado a lo anterior, la jornada que se haya pactado resulta ser también un elemento de especial vulnerabilidad potencial. En efecto, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET) posibilita no solo la realización de un número de horas de trabajo inferior (aunque aproximado en ocasiones) al trabajador a tiempo completo comparable, en el arco de referencia diario, o en la dimensión horizontal; pero también permite su realización en de un modo extremadamente flexible. El número de horas de trabajo tendrá un reflejo salarial desigual (atendiendo al número de horas efectivamente realizadas), pero cuantificable. No tienen, sin embargo una traducción cuantitativa tan cabal, elementos jurídicos como el régimen de organización efectiva de la jornada a lo largo de la semana, por ejemplo, o del mes, ni tampoco lo tendrán las condiciones/coordenadas temporales en las que se presten efectivamente los servicios profesionales asalariados (nocturnidad, turnicidad, trabajo en festivos no remunerados...). La dimensión económico-salarial puede reflejar una situación de vulnerabilidad económica determinada (cantidades recibidas), sin embargo, la otra dimensión de las condiciones de trabajo ligadas a horarios y régimen de organización de la jornada, por su consideración más cualitativa, no tiene un reflejo tan obvio, a pesar de ser susceptible de ahondar en la situación de vulnerabilidad económica desde otras facetas (psicológica, sociológica...) porque tenga incidencia en otros extremos más allá del nivel de ingresos salariales (estado de salud física o mental, atención al cuidado de otros miembros de la familia...).

El género tiene aquí un efecto relativamente directo como consecuencia de que a esos elementos jurídicos generales se sumarían ciertos condicionantes subjetivos. Así, los déficits de formación suelen provocar que el empleo femenino (en determinadas cohortes de edad sobre todo y en ciertas regiones) se

concentre en sectores intensivos en trabajo, sin alta cualificación, de una parte. Y de otra, las cargas familiares asumidas eminentemente por las mujeres trabajadoras, modulan las posibilidades de empleo, así como las condiciones contractuales ligadas a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar<sup>10</sup>.

Concomitante a lo anterior, y por lo tanto, susceptible de generar efectos acumulador, es relevante el tipo de sector productivo en el que se desarrolla la actividad laboral. Porque eso indica, de una parte, el tipo de tejido empresarial y, de otra, el grado de cobertura convencional.

El empleo en las pequeñas empresas no tiene las mismas características que el empleo en grandes empresas, especialmente desde el punto de vista organizativo, y de manifestación de derechos colectivos representativos de tutela de condiciones laborales. De forma que la flexibilidad y la informalidad son susceptibles de ahondar en situaciones de vulnerabilidad de partida.

Por su parte, el grado de cobertura convencional se refiere no solo al número/tipo de convenios existentes (de empresa, sectorial...), sino también a los niveles de exigencia de los mismos<sup>11</sup>.

Los sectores productivos presentan distintas características según se trate de sectores masculinizados o feminizados, pero también según se trate de sectores estratégicos en el plano nacional, regional o local, así como según se trate de sectores en crisis o en procesos de transición.

A este respecto, como factores de vulnerabilidad sobrevenidos, la robotización y la digitalización emergen para ser posibles causantes de nuevas tasas de desempleo en algunos sectores. El género se presenta aquí, como un condicionante personal significativo porque aglutina condiciones de empleabilidad desiguales. Con niveles formativos profesionales y de competencias digitales reducidas en determinadas cohortes de edad, la implementación de

---

10 En suma, la posición de las mujeres en el mercado de trabajo es desigual, por edad y nivel de formación, sobre todo, pero ofrece un panorama de desigualdad manifiesta respecto a los trabajadores varones. Véase, CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *La participación laboral de las mujeres en España*. Madrid, CES, 2016, 157 p. OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES. *Informe del mercado de trabajo de las mujeres estatal*. Madrid, SEPE, 2017, 103 p.; SECRETARIA DE EMPLEO, *Situación de las mujeres en el mercado de trabajo*. Madrid, Ministerio de Empleo, 2017, 85 p.

11 Los convenios colectivos de empresas multiservicios, hostelería, textil, *call center*, limpieza o atención sociosanitaria, no alcanzan los niveles salariales, por ejemplo, de los convenios de sectores industriales. Ni tampoco son asimilables en lo referido al tipo de derechos reconocidos o al grado de desarrollo jurídico suplementario de los derechos legales.

nuevos procesos productivos en sectores feminizados, hace emerger situaciones manifiestas de vulnerabilidad. Que están muy relacionadas en suma, con condiciones reales de empleabilidad femenina.

Los elementos *macro* (sector y tipo de tejido empresarial predominante) son los que van a poder predeterminar en ocasiones, por otra parte, los condicionantes contractuales *micro* de las personas trabajadoras empleadas. De ahí que, a efecto de la superación de las situaciones de vulnerabilidad femenina en el empleo se abran dos posibles vías: la de reconducir a otros sectores (a través de procesos de recualificación profesional, por ejemplo), o la de mejora de las condiciones de los distintos sectores concretos como objetivo de género o genérico, de política pública de empleo.

Conviene insistir en que estos elementos jurídico-laborales que se han apuntado, tienen efectos más allá de los aspectos salariales, que son los que vienen a definir de modo inmediato la situación de vulnerabilidad, la económica. Una actividad profesional-laboral de baja intensidad, o a tiempo parcial con jornadas reducidas o muy reducidas (10 horas/semana) se traduce en percepciones salariales reducidas. Y sí, en efecto, la vulnerabilidad económica es relativamente sencilla de ser medida en términos de rentas salariales recibidas. Pero no son tan cuantificables en términos de ingresos los otros factores inherentes al empleo, que generan vulnerabilidad económica, pero también de otro tipo.

En este sentido, ligado a lo anterior, ciertas condiciones laborales (rotaciones en el empleo, condiciones laborales precarizadas), imbricadas con condicionantes extralaborales ligados al género, puede tener también efecto en otros ámbitos. Sirva detenerse en dos. El primero, el nivel de salud, laboral o no. El segundo, la tasa de cobertura por los esquemas de protección social (contributivo-profesionales pero no solo).

Cuando se mide la vulnerabilidad en el empleo de las personas trabajadoras (o inactivas con deseo de acceder al mercado), no se analiza apenas<sup>12</sup> uno de los extremos ligados al trabajo, y al no-trabajo, como es el estado de salud de las personas vulnerables.

El estado de salud inherente a la persona puede ser función, de varios condicionantes subjetivos. La edad, la eventual discapacidad o el género son cla-

---

12 Esto se excepciona, obviamente, cuando se trata de una persona afecta de un grado de discapacidad. En estos casos la discapacidad, sin embargo también se analiza de modo incompleto, por cuanto no se tiene en cuenta si tiene o no origen profesional, ni tampoco qué grado de incidencia laboral tiene respecto del perfil profesional concreto del sujeto.

ros. Y se insertan de un modo fotográfico, en un análisis estático de situación. Sin embargo, habría una vertiente dinámica, de revisión de procesos vitales-profesionales, en los que el estado de salud se puede analizar a partir de trayectorias vitales (carreras profesionales previas, lugares previos de residencia (lo rural y lo urbano), nacionalidad y condición de personas migrante desde otros Estados...). De forma que sería posible identificar un estado de salud previo al análisis de la situación de vulnerabilidad, y un estado posterior.

El enfoque previo-posterior permitiría analizar si la vulnerabilidad relativa a la salud, es posible que pueda tener una incidencia directa en el acceso o en la salida del mercado de trabajo, cuando tiene efectos incapacitantes en algún grado.

Cabría dibujar algunas hipótesis en las que, a) como consecuencia del estado previo de salud (con incidencias desiguales según la edad, y otras condiciones subjetivas) la persona en situación de vulnerabilidad no pueda acceder a ciertos empleos que presentan requerimientos incompatibles con sus posibilidades físicas/psíquicas<sup>13</sup>. O, b) en las que la alteración de la salud durante el desarrollo de la prestación laboral conduce a la interrupción de ésta, con dificultades ulteriores para retomarla. Tanto más, cuanto menor sea la estabilidad contractual (contratos temporales de corta duración que extinguen por el cumplimiento del término o condición establecido), por traer algunos de los parámetros de los que se hablara más arriba.

A su vez, el estado de salud personal debería interrelacionarse con las condiciones de salud laboral en las que se desarrolla eventualmente el empleo. O dicho de otro modo, las características preventivas y de salud en el trabajo pueden constituir condicionantes de incremento o disminución de las situaciones de vulnerabilidad en la medida en que conformen parte de la precariedad laboral del sujeto.

Determinados empleos en los que los riesgos físicos, mecánicos, químicos o psicosociales, por señalar algunos, no están debidamente identificados ni protegidos, son susceptibles de empeorar el estado de salud de la persona trabajadora<sup>14</sup>.

En este marco, la falta de vigilancia de la salud, como aglutinante, o la fal-

---

<sup>13</sup> Limitaciones de movimiento e imposibilidad de manipular determinadas cargas en tareas de limpieza de edificios.

<sup>14</sup> Ha habido un ejemplo de este escenario respecto de las camareras de pisos y la consideración sobrevenida de que ciertas patologías constituyen enfermedades del trabajo y no meras enfermedades comunes con mayor incidencia en mujeres trabajadoras.

ta de formación e información, podrían ser potenciadores de vulnerabilidad desde una perspectiva de género. En la medida en que la edad, los niveles formativos, junto con el estado de salud previo de la trabajadora, pueden explicar que ciertos empleos generen alteraciones de la salud física y mental individualmente consideradas con trascendencia ulterior en el empleo mismo.

Y la salud, su alteración ofrece, de nuevo, un ejemplo para completar el marco de definición de cómo la situación de vulnerabilidad en el empleo tiene efectos más allá del ámbito puramente laboral.

Por un lado, el estado de salud (general o ligado a la vertiente preventiva) puede ser condicionante de ciertos tipos de empleo, y pero puede ser un causante de mayor precariedad/vulnerabilidad exponencial; como sucede cuando hay una alteración significativa sobrevenida al empleo del estado de salud o cuando se agrava un estado de salud ya alterado previamente. Para estos casos los sistemas de seguridad social suelen prevén mecanismos prestacionales reparadores y sustitutivos de rentas profesionales dejadas de percibir.

Ahora bien, es posible que la vulnerabilidad en el empleo pueda dificultar el acceso a los mecanismos públicos de protección social ligados a la actividad profesional. De suerte que haya un efecto acumulado de intensificación de la vulnerabilidad de sujetos especialmente vulnerables en el empleo. Paradójicamente el empleo vulnerable no tiene capacidad de accionar mecanismos de protección suficiente en situaciones de necesidad.

Ahora se emplea la alteración de la salud como foco de la intersección, pero puede haber otros focos. Sin embargo, el de la salud es paradigmático. Porque es muy plausible que un sujeto inactivo, o en situación de empleo precario, cuando sufre una alteración de la salud (inicial o de agravación sobrevenida de otras previas) pueda quedar fuera del ámbito de protección de los esquemas contributivos del sistema de la Seguridad Social. Las trayectorias de cotización son aquí relevantes, porque presentan incidencia en el cumplimiento de requisito de acceso a las prestaciones (carencias), y también en las reglas de cálculo de las prestaciones que ofrecen rentas sustitutivas.

Más allá de ese elemento cuantitativo (cotizaciones vertidas al sistema proporcionales a las remuneraciones laborales), las alteraciones temporal o permanente son ámbitos distinguibles (tanto por los periodos previos de cotización exigidos como por el tipo de prestación vinculada y sus reglas de cálculo), pero en ambos caso la situación de salud previa (que puede ser consecuencia de la vulnerabilidad económica) y la situación sobrevenida pueden verse confundidas en orden a la calificación como contingencia común o pro-



fesional que genera la incapacidad laboral temporal o permanente; porque cabe que haya dificultades para identificar la causa misma de la alteración de la salud actual<sup>15</sup>.

En suma, las situaciones de vulnerabilidad en el empleo potencialmente van a generar situaciones de vulnerabilidad en el acceso a la protección de los esquemas contributivos profesionales<sup>16</sup>. Y por ende, una perpetuación de las situaciones de vulnerabilidad, que los esquemas protectores no consiguen resolver. Cuando ha habido periodos prolongados o muy prolongados de inactividad, o cuando se atesoran periodos de cotización reducidos, irregulares, con numerosas interrupciones y además con aportaciones contributivas de cuantía mínima, cabe que sea muy difícil o imposible el acceso a la condición de beneficiario de prestaciones, de todo tipo. Por varias razones:

1º porque se exige situación de alta o situación asimilada al alta. Y la inactividad prolongada no subsidiada, o la situación de desempleo, subsidiado o no en un contexto de contratación temporal discontinua no favorecen el cumplimiento del requisito.

2º la concatenación de contratos temporales de corta duración y la parcialidad de la jornada contratada, así como los periodos de lagunas de cotización, tienen efectos directos en el sumatorio de periodos cotizados para cumplir cabalmente con los requisitos de carencia genérica o específica.

3º la conexión profesional de los hechos generadores de las prestaciones no es obvia cuando hay intermitencia laboral.

En las prestaciones ligadas a la salud es especialmente obvio. Cuando hay intersecciones con procesos relevantes de accidente o enfermedad previas o concomitantes al trabajo, pero que son función de situaciones de vulnerabilidad económica o social.<sup>17</sup> En esos casos la determinación del origen pura, estricta, eminentemente profesional no es una cuestión sencilla, y se haría necesaria una labor de deconstrucción de las patologías. Algo que, obviamente

---

15 Artrosis previa que se agrava como consecuencia de tareas con movimientos repetitivos y manipulaciones de pesos inadecuadas.

16 Ligados al género, no han sido inhabituales los estudios en torno a la pensión de jubilación. Véase CEBRIAN, I. "Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones diferencias por género al final de la vida laboral" *Cuadernos de relaciones laborales*, 2015, Vol. 33, N° 2, pp. 311-328.

17 La pobreza energética, ciertos hábitos no saludables (tabaquismo, alcoholismo...), déficits alimentarios, o desatención a tratamientos farmacológicos, como consecuencia de restricciones económicas en los presupuestos familiares, son condicionantes no siempre visibilizados.

no está previsto por los sistemas de determinación de las contingencias y que, además pivota sobre la no presunción del origen laboral de las enfermedades.

4º En ciertas ocasiones, desde otros esquemas de protección social no contributivos o asistenciales sí cabe que las personas en situación de especial vulnerabilidad en el empleo reciban algún tipo de cobertura. En este ámbito, de nuevo la suficiencia de la protección no tiene los efectos precisos para enervar la situación de vulnerabilidad misma, sino que la puede perpetuar incluso. Especialmente cuando esos esquemas prestacionales atienden, como condición legal de acceso, a los niveles de rentas familiares. En estos supuestos, aflora de nuevo la falta de la perspectiva de género como herramienta de análisis teleológico.

5º En los distintos tipos de sistemas de protección social en España, nacionales, regionales, locales, se mantienen algunas ineficiencias que podrían contribuir a la minoración de la vulnerabilidad en el empleo de ciertas categorías de personas trabajadoras. Mayoritariamente de mujeres de ciertas cohortes de edad, con ciertos niveles formativos previos, y con determinadas situaciones familiares, por señalar algunos de los condicionantes subjetivos con mayor incidencia.

Estas ineficiencias se proyectan en niveles desiguales de servicios sociales (de atención a la infancia, o a la dependencia), pero también en desiguales diseños de políticas formativas.

La oferta de soluciones públicas que compensen ciertas situaciones familiares de personas vulnerables (con dificultades de acceso al mercado, de permanencia en él, y en régimen jurídico de no precariedad), posibilita un incremento de su empleabilidad última. Porque desconecta las limitaciones familiares al acceso a ciertos tipos de trabajos, con ciertas jornadas y horarios, en un caso, por ejemplo; y, en otro, resuelve las inaptitudes profesionales sobrevenidos y los déficits formativos que permitiría la versatilidad profesional en distintos sectores productivos, como muestra.

A falta de remedios, con la actualización múltiples de los condicionantes y parámetros jurídico-laborales y sociales, la consecuencia última, sería entonces, que la vulnerabilidad deja de ser una categoría de pobreza en potencia, y puede conllevar a la actualización de situaciones de pobreza efectiva y real. En la mayoría de las ocasiones, multidimensional<sup>18</sup>, y con mayor incidencia

---

18 Este tipo de pobreza se define a partir de su medidor, el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), creado en el marco del Programa para el Desarrollo de Naciones Unidas. El IPM “*identifica* múltiples carencias a nivel de los hogares y las personas en los ámbitos

en mujeres.<sup>19</sup>

Más allá, también incluso, con las obvias modulaciones, a idéntica situación de precariedad económico-profesional puede conducir el modo en el que las personas trabajadoras autónomas realizan prestaciones por cuenta propia.

En este último punto, sí habría elementos jurídicos que podrían conformar el marco plausible de precariedad laboral. En efecto, el trabajo autónomo tradicionalmente reglado por contraposición al trabajo asalariado, definía una realidad empresarial predominantemente unipersonal, en la que no había visos de ajeneidad o subordinación alguna. Un sujeto realizaba una actividad de emprendimiento empresarial, como manifestación de la libertad de empresa y del derecho a la propiedad privada constitucionalmente reconocidos.

Sin embargo, a lo largo del siglo XXI, como consecuencia de los procesos de crisis económica y financiera y los primeros procesos de nuevas reestructuraciones del trabajo, ha surgido un nuevo concepto, el de trabajador autónomo económicamente dependiente (art 11 de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo). Que al ser una figura *tertium genus* comparte características (realmente más formales que materiales) del trabajo autónomo puro, y del trabajo asalariado.

En esta categoría de trabajadores autónomos, la dependencia económica, al cabo, en ocasiones, es un factor de vulnerabilidad potencial. En tanto, el asumir los riesgos de la actividad empresarial en régimen de autonomía,

---

de la salud, la educación y el nivel de vida. Utiliza *microdatos de encuestas de hogares*, y, al contrario que el *Índice de Desarrollo Humano ajustado por la Desigualdad*, todos los indicadores necesarios para calcularlo deben extraerse de la misma encuesta. Cada miembro de una familia es clasificado como pobre o no pobre en función del número de carencias que experimente su hogar. Estos datos se agregan (por ejemplo a nivel nacional) para conformar el indicador de la pobreza multidimensional. El IPM refleja tanto la prevalencia de las carencias multidimensionales como su intensidad, es decir, cuántas carencias sufren las personas al mismo tiempo. También se puede utilizar para hacerse una idea general del número de personas que viven en la pobreza, y permite realizar comparaciones tanto entre los niveles nacional, regional y mundial como dentro de los países, comparando grupos étnicos, zonas rurales o urbanas, así como otras características relevantes de los hogares y las comunidades....ofrece un valioso complemento a las herramientas de medición de la pobreza basadas en los ingresos". (<http://hdr.undp.org/en/node/2515>)

<sup>19</sup> Algo que se ha venido poniendo de manifiesto en ocasiones. Véase, CANTO SANCHEZ, O. ET AL. "Crisis y brecha de riesgo de pobreza por género" Estudios de economía aplicada, 2016, Vol. 34, N° 1, pp. 179-204

unido al hecho de depender económicamente de una o varias empresas en un volumen relevante de ingresos, tiene como consecuencia el ubicar al sujeto en una indeterminación intensa de sus recursos presentes y futuros disponibles.

A lo anterior se suma que, dado que este colectivo de trabajadores está excluido de la regulación jurídico-laboral, no cuenta con parámetros jurídicos-laborales que acoten su actividad profesional. Sino que la determinación de la jornada y demás condiciones en las que se presta la actividad profesional autónoma queda sujeta a su autodeterminación, y, por ende, cabe la *autopre-carización* de la actividad autónoma misma (régimen de trabajo, horarios, jornadas y descansos, prevención de riesgos laborales...). Algo especialmente relevante cuando, además, se trata de trabajadoras autónomas económicamente dependientes, en las que confluyen, como potenciales condicionantes subjetivos los ya señalados antes para las trabajadoras asalariadas.

Desde la perspectiva de la protección social, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se encuentra aún, a pesar de los procesos de unificación que se han venido realizando, pendiente de resolver ciertas ineficiencias e ineficacias protectoras. Tanto mas respecto de las nuevas realidades ligadas al trabajo autónomo económicamente dependiente. Pues bien, la vulnerabilidad que se infiltraba desde la vertiente profesional que ya fue apuntada respecto del trabajo por cuenta ajena a la vulnerabilidad secundaria/prestacional (que pivotaba sobre lo ingresos y situaciones administrativas de vinculación administrativa al sistema de Seguridad Social, cuantías, y periodos de cotización y requisitos prestaciones contributivos exigidos por dicho sistema para accionar las dinámicas prestacionales), también se puede producir respecto de ciertas categorías de trabajadores autónomos. Respecto de estos, entonces, se hace preciso una línea de reflexión paralela, puesto que la ausencia del sujeto “empresario” como contraparte, no permite ciertas acciones de protección del sujeto para frenar la vulnerabilidad en el empleo en todas las manifestaciones.

### **2.3. Grados y manifestaciones de la vulnerabilidad.**

Sin entrar en la vertiente cuantitativa, pero como eventual marco para un estudio estadístico futuro, se ha podido intuir que la vulnerabilidad ligada al género ( y la genérica, claro está) puede tener distintos grados, por cuanto se manifiesta en tres vertientes laborales claras:

- a) en el acceso al mercado,

- b) en el mantenimiento en el empleo y,
- c) en el disfrute de condiciones laborales no precarias.

En los tres niveles, la existencia de un trabajo decente (un empleo, que se mantiene, y que se caracteriza por condiciones laborales no precarizadas) puede ser una de las soluciones inmediatas, que puedan resolver la situación de vulnerabilidad en todas sus facetas.

Y en esa misma dirección, cabría detectar un grado de vulnerabilidad *extrapotencial*. Porque, en efecto, hay situaciones de estandarización laboral (contratación indefinida, y/o a tiempo completo; y/ o en sectores neutros o no, etc.) en la que el empleo ( los niveles de ingresos, la pertenencia efectiva al campo de protección efectiva de los sistemas contributivos de seguridad social y de asistencia social y sanitaria) tiene un valor profiláctico contra la vulnerabilidad potencial que puede generar algunas de las condiciones subjetivas del sujeto, al margen del género, y /o ligadas al género. La edad (trabajadoras maduras), el estado de salud incapacitante o no (la discapacidad previa o sobrevenida femenina), las responsabilidades familiares (monomarentalidad o la tenencia a cargo de una o varias personas dependientes), la falta de competencias digitales y/o de versatilidad profesional, todas, son condiciones que pueden, en el marco de relaciones laborales actuales existentes en España especialmente tras la reforma laboral operada por la Ley 3/2012 (de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) conducir a una salida del mercado (extinciones objetivas), o de una transición a condiciones precarizadas (jornadas y horarios excesivamente flexibles, polivalencia funcional, movilidades geográficas).

Esta idea unida a las anteriores, por derivación, requiere proponer una nueva óptica ginecéntrica en el análisis de la vulnerabilidad y las políticas públicas destinadas a su superación. Nueva óptica que se proyectaría de un modo plausible en:

- el modo de analizar las cuestiones de permanencia en el empleo. O lo que es lo mismo, analizar y cuantificar la trascendencia de la formación profesional, de la disponibilidad por contraposición a las necesidades de cuidado de las personas a su cargo, del estado de salud;
- el modo de diseñar eventuales transiciones desde el no empleo al empleo. Para trazar trayectorias formativas ajustadas a las necesidades del mercado, según sectores productivos y zonas geográficas, atendiendo a elementos de diversidad ligadas a la edad y la discapacidad;
- el modo de planificar planes formativos dentro de las empresas para pre-

venir posibles salidas del mercado (como consecuencia de pérdida de empleabilidad, dificultades personales ligadas a mecanismos de conciliación insuficientes...)

-el modo de desarrollar el dialogo social, el tripartito y puramente convencional, en torno a la rigidez/flexibilidad de estándares laborales mínimos referidos a esos parámetros jurídico-laborales que se señalaron como especialmente sensibles a la generación de vulnerabilidad o provocación de su agravamiento.

### **3.- Diagnóstico: la vulnerabilidad como causa y como consecuencia de la pobreza. La agenda 2030 como herramienta.**

En esta fase aun en abstracto, por cuento ese era el objeto de este trabajo, se han tratado de apuntalar los pilares para un ulterior estudio cuantitativo. Pero que tiene como hipótesis de partida, pero también como resultado diagnóstico, el de la vulnerabilidad femenina como causa y como consecuencia de pobreza.

Como compendio novedoso de axiomas potentes de desarrollo económico y social, la Agenda 2030 <sup>20</sup> podría servir de fuente de inspiración de esquemas muy variados de acción pública.

Y en ese escenario, se propone que el Trabajo Decente, en los términos que desde la Organización Internacional del Trabajo permiten dotar de contenidos potentes al Octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible (*Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*) pueda servir de catalizador de otros eventuales Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS en adelante)<sup>21</sup>. E Idéntico papel habría de darse al ODS 5 (*Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas*)<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.( A/RES/70/1).

<sup>21</sup> Destables son las metas:

8.5 *De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. (...)*

8.8 *Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios...*

<sup>22</sup> Resulta necesario prestar atención especial a las metas

En efecto, la vulnerabilidad tiene una manifestación inicial automática en términos económicos en formas de pobreza (multidimensional), cuya desaparición o amortiguación constituye el primer ODS (*Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo*)<sup>23</sup> de la Agenda 2030.

Pero la pobreza puede ser generadora de otras formas de vulnerabilidad (ligada a la salud/enfermedad, a la desigualdad). Y puede ser la consecuencia de esas mismas situaciones. De ahí que la promoción de la salud (ODS 3, *Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades*) se convierta en un objetivo anejo al de la eliminación de la pobreza. Y ese mismo esquema causa efecto se replica respecto a los niveles formativos. De suerte que la educación de calidad (ODS 4, *Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos*) puede contribuir a la remisión de situaciones de pobreza.

En este esquema, entonces, los ODS 5 y 8 centralizan la dinámica de imbricación de acciones en torno a la mayor y mejor empleabilidad de las mujeres a partir de condiciones de salud y formativas optimas y optimizadas. Pero

---

5.1 *Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo (...)*

5.4 *Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país. (...)*

5.b *Mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres*

5.c *Aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles.*

23 Habría que destacar a estos efectos las siguientes metas:

1.2 *Para 2030, reducir al menos a la mitad la proporción de hombres, mujeres y niños de todas las edades que viven en la pobreza en todas sus dimensiones con arreglo a las definiciones nacionales (...)*

1.5 *Para 2030, fomentar la resiliencia de los pobres y las personas que se encuentran en situaciones vulnerables y reducir su exposición y vulnerabilidad a los fenómenos extremos relacionados con el clima y otras crisis y desastres económicos, sociales y ambientales. (...)*

1.b *Crear marcos normativos sólidos en los planos nacional, regional e internacional, sobre la base de estrategias de desarrollo en favor de los pobres que tengan en cuenta las cuestiones de género, a fin de apoyar la inversión acelerada en medidas para erradicar la pobreza.*

sin perder de vista que, en el centro habría de situarse el diseño de marcos conceptuales de trabajo decente y no precario con perspectiva de género<sup>24</sup>.

Porque, en definitiva el empleo, y la empleabilidad femenina puede suponer un freno a la vulnerabilidad multidimensional de ciertos colectivos de mujeres. Cuestiones estas que precisan otro marco de reflexión distinto de éste, por lo que procrastina su desarrollo, por el momento.

#### 4. Bibliografía.

- Cantó Sánchez, O. ET AL. “Crisis y brecha de riesgo de pobreza por género” Estudios de economía aplicada, 2016, Vol. 34, N° 1, pp. 179-204
- Cebrián, I. “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones diferencias por género al final de la vida laboral” *Cuadernos de relaciones laborales*, 2015, Vol. 33, N° 2, pp. 311-328
- Consejo Económico y Social, *La participación laboral de las mujeres en España*. Madrid, CES, 2016, 157 p.
- Felgueroso, F., Millan, A., Torres, M. “Población especialmente vulnerable ante el empleo en España”. *Estudios sobre la Economía Española*, 2017/07, 75 p.
- Jiménez Rodríguez, M,L, “El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea” *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 3, 2018, pp.196 y ss.
- Observatorio de las Ocupaciones. *Informe del mercado de trabajo de las mujeres estatal*. Madrid, SEPE, 2017, 103 p.;
- Secretaría de Empleo, *Situación de las mujeres en el mercado de trabajo*. Madrid, Ministerio de Empleo, 2017, 85 p.

---

24 En consecuencia, hay que permanecer expectante a los efectos que pueda tener al *Plan Director por un Trabajo Digno* (Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020.)



# **La flexibilidad en el tiempo y en el lugar de trabajo como elemento de mantenimiento de las trabajadoras con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo**

Patricia NIETO ROJAS<sup>1</sup>

Universidad Carlos III de Madrid

Profesora Ayudante Doctora Derecho del Trabajo

**RESUMEN:** La legislación laboral en materia de igualdad entre hombres y mujeres dedica una buena parte de su articulado a los instrumentos de conciliación y esta atención cobra pleno sentido, no solo porque la dificultad de conciliar trabajo y familia es una causa de abandono del mercado de trabajo que afecta casi exclusivamente a las mujeres, sino porque la efectiva igualdad requiere mecanismos que aseguren el tránsito a un modelo de corresponsabilidad en los cuidados. El presente artículo se centrará en la respuesta comunitaria y nacional a la conciliación, significadamente en los mecanismos de flexibilidad en el tiempo y lugar de trabajo, pues su eficacia es presupuesto para la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible n.º 5 de las Naciones Unidas sobre la igualdad de género.

Palabras clave: igualdad; flexibilidad; corresponsabilidad; cuidados; permisos.

**SUMARIO:** 1. A modo de introducción. El difícil equilibrio entre la vida familiar y laboral y sus efectos sobre el empleo de las mujeres. 2. Los efectos laborales de la feminización de los cuidados. 2.1. La respuesta jurídica a la conciliación en el seno de la Unión Europea. 2.2. La recepción nacional de los derechos de conciliación. 3. El futuro: los tímidos avances de corresponsabilidad. Permisos iguales e intransferibles. 4. Los mecanismos de flexibilidad temporal como presupuesto para una adecuada política de equilibrio entre necesidades laborales y familiares

## **Flexible working conditions and work life balance policy and their effects on female employee with care responsibilities**

**Abstract:** The labor legislation devotes a good part of its articles to the work-life balance which will preserve existing rights and build on them with improved and new rights for both women and men. Inadequate measures to reconcile work with care responsibilities

---

<sup>1</sup> Este trabajo es el resultado del proyecto dirigido por la profesora Blázquez Agudo, “Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino”, subvencionado por el Instituto para la Mujer y la Igualdad de Oportunidades. Asimismo la autora forma parte del Proyecto Nacional “Un Derecho del Trabajo para la Recuperación: Competitividad Empresarial y Cohesión Social”, (DER2015-64676-C2-1-P), dirigido por el profesor Mercader Uguina.

tend to impact women disproportionately; the lack of adequate leave to provide care of other dependent relatives exacerbates the unequal sharing of care responsibilities. This article will focus on the European and national response to balance life and work, since its effectiveness is a budget for the achievement of the Sustainable Development Goal No. 5 of the United Nations on gender equality

Key Words: equality; work-life balance; care responsibilities; flexibility; SDG number 5.

## **1. A modo de introducción. El difícil equilibrio entre la vida familiar y laboral y sus efectos sobre el empleo de las mujeres**

La incorporación y mantenimiento de las mujeres al mercado laboral no solo representa un objetivo de las políticas de igualdad de oportunidades sino una necesidad de cara a la propia sostenibilidad de los Estados del Bienestar. La Unión Europea es plenamente consciente de que “una política moderna de conciliación de la vida familiar y la vida profesional contribuirá a mejorar las tasas de empleo y a reducir la pobreza y la exclusión social”, de conformidad con las prioridades de la UE reflejadas en los objetivos de Europa 2020 y con las prioridades de la Comisión en materia de empleo y crecimiento definidas en las orientaciones políticas del presidente Juncker. Esta iniciativa, en tanto que uno de los resultados clave del Pilar Europeo de Derechos Sociales, no solo refuerza la dimensión social de la Unión<sup>2</sup> sino que es una exigencia del Objetivo de Desarrollo Sostenible número quinto de las Naciones Unidas sobre la igualdad de género.

La consecución de este propósito no solo implicaría erradicar las distintas formas de pobreza<sup>3</sup> sino un empoderamiento de las mujeres, y cuyo logro se configura como un eje transversal que impregna y fundamenta el Trabajo Decente, pues todavía hoy persisten considerables discriminaciones tanto en el acceso como en el mantenimiento en el empleo de las mujeres. A ese respecto, la OIT ha señalado que en el año 2015, 586 millones de mujeres eran trabajadoras por cuenta propia o familiares, y de ellas, el 38% no cuenta con ninguna protección social, alcanzando este porcentaje el 63,2% en el África subsahariana y el 74,2% en Asia Meridional, donde el trabajo informal es la

---

2 COM 2017 (252) Final. Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores

3 LÓPEZ AHUMADA, J. E., “Desafíos del programa de trabajo decente en Latinoamérica”, *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, vol. 1, 2016, p. 16.

forma de empleo dominante<sup>4</sup>. A lo largo de su vida laboral, las mujeres siguen experimentando grandes dificultades para acceder a empleos decentes y solo se han logrado algunas mejoras desde la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, por lo que todavía existen grandes brechas que deberán enmendarse con la puesta en práctica de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por las Naciones Unidas en 2015.

En los dos últimos decenios, los notables progresos realizados por las mujeres en cuanto a los logros educativos no se han traducido en una mejora comparable de su posición en el trabajo. En muchas regiones del mundo, las mujeres tienen más probabilidades de encontrarse y permanecer en situación de desempleo, tienen menos oportunidades de participar en la fuerza de trabajo y, cuando lo hacen, suelen verse obligadas a aceptar empleos de peor calidad.

Los progresos realizados para superar estos obstáculos han sido lentos, y se limitan a algunas regiones del mundo; es más, en muchos de los países en los que el desempleo femenino se ha reducido, la calidad de los empleos de las mujeres sigue suscitando preocupación<sup>5</sup>.

El reparto desigual de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas entre mujeres y hombres, y entre las familias y la sociedad, es un factor determinante de las desigualdades de género en el trabajo.

Tanto en los países desarrollados, como en los países en desarrollo, las mujeres trabajan mayor número de horas al día que los hombres, sea en el trabajo remunerado, sea en el no remunerado, y aunque es cierto que la población en las regiones desarrolladas puede comprar servicios de cuidado a personas a precio de mercado, y la población de las regiones no desarrolladas no puede hacerlo, en todos los países, el paradigma de la división sexual del trabajo representa un doble desafío no solo para el acceso sino para el mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo.

En el seno de la UE, la insostenibilidad del modelo tradicional de cuidados es un cúmulo de múltiples factores: el aumento de las familias de pequeño tamaño, y aunque ciertamente se está reduciendo la demanda originada por el cuidado de niños, aumenta la derivada de la atención de mayores, el hecho de

---

4 OIT. Las mujeres en el trabajo. Tendencias 2016. Ginebra: ILO, 2016.

5 Véase a este respecto las conclusiones alcanzadas en el seno de la OIT en el siguiente enlace (fecha de consulta: 17/5/2018): [http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_483214/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_483214/lang-es/index.htm)

que el lugar en el que se ubica la demanda no coincide siempre con en el lugar en el que viven los potenciales cuidadores, y esta asincronía justifica la relevancia que está adquiriendo la conciliación entre la vida laboral y familiar.

Muy gráficamente se ha señalado que “la figura que encarna al proletariado se ha transformado en la actualidad. Ya no es la del obrero en la cadena de montaje sino la de una mujer de piel oscura, una inmigrante que se ocupa de los niños y niñas, de las personas enfermas y de la gente mayor”<sup>6</sup>. La carga que supone el cuidado de personas dependientes es parte del trabajo no remunerado, y habida cuenta que este cuidado puede transformarse, pero no suprimirse, cada sociedad tiene que encontrar el mejor modo posible de conciliar los derechos y obligaciones de quienes necesitan los cuidados y de quienes, de un modo u otro, han de proporcionárselos.

De ello se ocupan las políticas públicas que, en caso de los cuidados, son claramente transversales pues no solo afectan a las funciones más evidentes (políticas educativas, sanitarias y sociales) sino que tienen una evidente conexión con las políticas de conciliación en el marco de la legislación laboral. A mayor abundamiento, que los hombres no estén asumiendo en términos de igualdad las nuevas demandas derivadas del cuidado de personas dependientes<sup>7</sup> representa un déficit de trabajo decente gravísimo para las mujeres con responsabilidades familiares, y, sin embargo, no se cuestiona que el trabajo decente contribuye a alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres.

La incorporación de las mujeres al mercado laboral se ha visto acompañada de una cierta resistencia al cambio de los varones con respecto a su rol productivo, por lo que las responsabilidades domésticas han seguido recayendo mayoritariamente en las mujeres. Es más, el tiempo que dedican los hombres al trabajo remunerado determina el tiempo que pueden dedicar a la familia mientras que en el caso de las mujeres se produce el efecto inverso. Las encuestas sobre el uso del tiempo permiten identificar a este respecto tres características (en términos de distribución de tiempo, tareas y renta) que son comunes en todas las sociedades desarrolladas: En primer lugar, las mujeres trabajan más horas que los varones desde un tratamiento integral del trabajo mercantil y el doméstico. En segundo lugar, porque los hombres, en promedio, dedican más tiempo al trabajo remunerado que al no remunera-

---

6 MOLINIER, P., “Género, trabajo y sexualidad”, en Laufer, L., Rochefort, F. (eds.) *¿Qué es el género?*, Icaria, Barcelona, 2016, p. 152.

7 DURÁN HERAS, M. A., “El desafío de la dependencia en una proyección de futuro”, *Documentación Laboral*, vol. 102, 2014, p. 51.

do<sup>8</sup>. A este respecto, si tomamos como fuente la Encuesta de Uso del Tiempo, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y cuya última actualización data de 2010, se observa que “las mayores disparidades están concentradas en el porcentaje de personas y tiempos dedicado al trabajo remunerado donde existe una diferencia de diez puntos porcentuales en la participación de los hombres con respecto a las mujeres y donde aquéllos declaran emplear una hora y once minutos más diarios. Pero se concentran sobre todo en los trabajos reproductivos y de cuidados ya que el 91,9% de las mujeres declara realizar trabajos relacionados con el hogar y la familia (no remunerados), mientras tan sólo el 74,7% de los hombres hace algún trabajo en este ámbito. Además, las mujeres dedican casi dos horas diarias más que los hombres a estos trabajos”. En tercer lugar, porque existe una estrecha relación entre los roles de género asignados a cada sexo y los usos del tiempo, no solo en cuanto al trabajo remunerado y no remunerado, sino también respecto a los espacios público y privado<sup>9</sup>.

## 2. Los efectos laborales de la feminización de los cuidados

La participación de las mujeres en el ámbito laboral ha aumentado paulatinamente y, sin embargo, esta realidad no se ha visto acompañada de una participación equitativa de los hombres en los trabajos reproductivos y de cuidados.

La subordinación de la lógica de la reproducción a la lógica de la producción, y la división sexual del trabajo en la que esta distribución descansa, trasladó “los costes de la reproducción a las unidades familiares y, en el seno de ellas, a las mujeres”<sup>10</sup>, quedando el Estado solo de manera subsidiaria como proveedor de estos servicios. La atención a las personas dependientes, aunque ciertamente no pueda explicar en toda su extensión la discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo<sup>11</sup>, es el factor que con más relevancia afecta no solo a su inserción sino a su

8 NUÑO GÓMEZ, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Icaria, Barcelona, 2010, p. 165.

9 MARTÍNEZ MARTÍN, I., “Diferentes usos del tiempo de mujeres y hombres”, en *Informe España 2013. Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid, 2013.

10 NUÑO GÓMEZ, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, cit., p. 174.

11 BALLESTER PASTOR, M. A.; J. CABEZA PEREIRO, J., “Retos, expectativas y decepciones

mantenimiento en este en términos de igualdad, pues aun habiendo habido progresos en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres, y este es uno de los principales frenos para la consecución de una sociedad desde el punto de vista del género más equitativa.

Las políticas de conciliación de la vida laboral y profesional, iniciadas en el ordenamiento jurídico español con la Ley 39/1999 y claramente favorecidas por la Ley Orgánica 3/2007<sup>12</sup>, aunque han tratado de mejorar la inserción de las mujeres en el mercado laboral, no han sido capaces de lograr una implicación plena del varón en las tareas de cuidado. Es más, las medidas legales de conciliación, redactadas a partir de una titularidad neutra, han contribuido a perpetuar la tradicional asignación de roles por lo que se han convertido, en la práctica, en medidas de sobrecarga para la mujer, por cuanto han provocado el consabido efecto de la doble jornada. A mayor abundamiento, la existencia de nuevos derechos de conciliación ha podido incrementar la desconfianza empresarial frente al colectivo de mujeres en edad fértil. Las empresas ven, muchas veces, a las trabajadoras como una “madre en potencia que priorizará en cualquier momento la familia, y no el trabajo, lo que ha favorecido su situación laboral más precaria”<sup>13</sup>. Urge, por tanto, introducir medidas que favorezcan la corresponsabilidad entre hombres y mujeres lo que exige no solo que ambos sean titulares de los mismos derechos sino también obligaciones, erigiéndose, al tiempo, en responsables de los cuidados compartidos. Es más, de no hacerlo, se perpetuaría la situación actual, donde los derechos de conciliación son mayoritariamente ejercidos por mujeres, singularmente en la figura de la excedencia por cuidado de hijos. Según los datos del INSS, en el año 2017 se concedieron 55.133 excedencias por cuidado de un familiar, un 9,09% más que en 2016, y, de ellas, 49.934 fueron presentadas por

---

del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, p. 107.

12 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 5-11-1999) y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3-2007).

13 ARAGÓN GÓMEZ, C., “Igualdad de género y prevención de riesgos laborales: nuevas propuestas de actuación”, en Blázquez Agudo, E. (ed.) *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*, vol. I, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017, p. 53.

mujeres y 5.199 por hombres<sup>14</sup>. Esta misma conclusión, es decir, la feminización de las medidas de conciliación es una de las principales aportaciones del estudio «Empleo y maternidad: obstáculos y desafíos a la conciliación de la vida laboral y familiar»<sup>15</sup>, en el cual se señala que aunque las cifras muestren una ligera mejora en la distribución de las cargas entre mujeres y hombres, todavía hoy persisten importantes brechas de género. Sirva a este respecto el dato referente a la reducción de la jornada: de los 5,02 millones de ocupados con hijos a cargo, solo un 12,8% se acogió a este beneficio. El poco uso de las excedencias y las reducciones de jornada entre los varones pone de manifiesto que este tipo de beneficios no son incentivos suficientes, pues implican una reducción de los ingresos sin que esta pérdida se vea compensada por los subsidios públicos.

La distribución fuertemente desigual de las labores domésticas y de las tareas de cuidado no solo provoca que las mujeres realicen menos horas de trabajo (por tener reducciones de jornada, por trabajar a tiempo parcial, por tener menos disponibilidad para realizar horas extras<sup>16</sup>, etc.) sino mayores dificultades para promocionar y para ocupar puestos de responsabilidad. La relación entre falta de corresponsabilidad y brecha salarial se retroalimenta, pues la primera no solo es causa de diferencias retributivas, sino que también es su efecto: como algunas medidas de conciliación conllevan una merma de ingresos familiares, las parejas suelen encontrar mayores incentivos en prescindir del salario más bajo (normalmente, el de las mujeres), incrementando el efecto no querido de brecha salarial. Recentísimos estudios económicos insisten, a este respecto, en la penalización que supone la maternidad en los ingresos derivados del trabajo<sup>17</sup>.

La falta de igualdad efectiva de la mujer en el ámbito laboral, no solo en nuestro país, sino en la mayoría de los países de nuestro entorno, está íntima,

---

14 Aunque, al tiempo, cabe aplaudir que el porcentaje de padres que hicieron uso de la excedencia subió del 3,33% al 5,99% entre 2005 y 2014 mientras que el dato de las excedencias solicitadas por madres bajó del 96,67% en 2005 al 94,01% en 2014.

15 Al que puede accederse desde su página web (fecha de consulta: 26/5/2018) <https://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=5-04080>

16 Sirva, de marco reflexivo, a este respecto la encuesta de estructura salarial correspondiente al año 2014 (último dato publicado), elaborada por el INE, los pagos por horas extraordinarias ascendieron a 9,09 € mensuales en el caso de los hombres y a 1,92 € mensuales en el caso de las mujeres.

17 Children and Gender Inequality: Evidence from Denmark – NBER disponible en: [www.nber.org/papers/w24219](http://www.nber.org/papers/w24219)

aunque no exclusivamente, relacionada con la maternidad. Sin duda, el grado de desigualdad de género varía entre países, pero la evidencia confirma que, en todos ellos, las diferencias entre hombres y mujeres que ya han entrado al mercado laboral con un capital humano similar son pequeñas, incluso inexistentes en algunos países al inicio de su carrera profesional y, sin embargo, las retribuciones, muchas de ellas de carácter variable, comienzan a divergir de forma notable y continuada a partir de que la mujer es madre y, en ocasiones, un poco antes. Estas diferencias se plasman en una menor proyección laboral de la mujer frente al hombre.

El hombre, con o sin hijos, va ascendiendo laboralmente de modo natural a medida que adquiere experiencia, mientras que el ascenso de la mujer se ve profundamente truncado a partir de su entrada en la maternidad. Si permanece en el mercado laboral, se estanca en categorías ocupacionales de menor retribución, y es quien de modo exclusivo hace uso de reducciones horarias para el cuidado de los hijos.

Esta falta de equidad laboral, tanto en horas de trabajo como en falta de promoción laboral, es la que finalmente produce la relativa poca presencia de la mujer en puestos de responsabilidad y por tanto de decisión en las empresas. Esta inequidad se refleja también en el salario, que revela una brecha que aumenta a medida que la situación laboral de hombres y mujeres diverge, de ahí la importancia que reviste que las medidas para lograr la igualdad en el mercado laboral ataquen la falta de equidad que se genera por la maternidad<sup>18</sup>. En esta ecuación, un factor muy relevante deriva de la distribución desigual de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombre lo que refleja la dificultad que tienen las mujeres para conciliar las responsabilidades familiares con su trabajo.

En la Unión Europea, la tasa media de empleo de las mujeres con un hijo menor de 6 años de edad era 8,8 puntos porcentuales inferior a la de las mujeres sin hijos pequeños y, en varios Estados miembros, esta diferencia alcanzaba los 30 puntos porcentuales<sup>19</sup>.

---

18 Véanse las atinadas reflexiones de la catedrática de Economía, Sara de la Rica, en el siguiente enlace:

<http://nadaesgratis.es/sara-de-la-rica/tras-el-8m-cinco-propuestas-para-la-igualdad-de-oportunidades-de-genero-en-e-ambito-laboral>

19 COM 2017 (252) Final. *Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.*



## 2.1. La respuesta jurídica a la conciliación en el seno de la Unión Europea

En los últimos años, en la UE se ha producido un efecto de visualización de la cuestión de conciliación-corresponsabilidad tanto en el espacio normativo como en los pronunciamientos del TJUE que “han desempeñado un papel transcendental, consolidándose un principio de no lesividad de los derechos de conciliación”<sup>20</sup> en el estatuto jurídico-laboral de quienes ejercen estos derechos, significadamente las mujeres. Y aunque ciertamente la mayoría de los instrumentos para incrementar la corresponsabilidad está en manos de los Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea —y, en particular, la Comisión Europea— pueden contribuir a establecer el marco y marcar el rumbo. A este respecto, Marianne Thyssen, comisaria de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral, ha sostenido que para la UE es un objetivo prioritario «aumentar la participación de la mujer en el mercado de trabajo», toda vez que su consecución “no es solo una cuestión de equidad, sino que también presenta un triple beneficio. Es bueno para los progenitores y los cuidadores que trabajan, que conseguirán conciliar mejor sus vidas familiares y profesionales; es bueno para las empresas, que podrán atraer y retener el talento; y es bueno para los Estados miembros, que pierden 370.000 millones de euros cada año debido a la brecha de género en el empleo existente en la actualidad»<sup>21</sup>.

Para la consecución de este objetivo, se pretende reformular la Directiva 2010/18/UE, estableciendo una serie de normas mínimas nuevas o más amplias en lo relativo a las normas de permiso parental, de paternidad y para los cuidadores.

La propuesta de directiva incluye un nuevo derecho consistente en que los padres dispongan al menos de 10 días hábiles libres de carácter retribuido en las fechas en torno al nacimiento de un hijo al tiempo prevé que el actual derecho a cuatro meses de permiso parental pueda utilizarse en el caso de niños de hasta 12 años de edad, frente a la actual orientación no vinculante de los 8 años que existe ahora. Mayor relevancia presenta, a nuestro juicio, que el permiso parental se convierta en un derecho individual sin que sea posible su transferencia al otro progenitor lo que, sin duda, se configura como un fuerte

---

20 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016, p. 18.

21 [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1006\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1006_es.htm)

incentivo para que los hombres también se acojan a esta posibilidad. Finalmente, la propuesta contempla que los padres de niños de hasta 12 años de edad puedan solicitar fórmulas de trabajo flexibles, como horarios reducidos o flexibles, o bien la flexibilidad en el lugar de trabajo.

Las medidas propuestas están dirigidas particularmente a lograr que los hombres asuman las responsabilidades parentales y de cuidados con el convencimiento de que con su aprobación se lograrían dos objetivos: En primer lugar, se beneficiaría a los niños, y, en segundo lugar, se aumentaría la participación de la mujer en el mercado de trabajo, reduciendo así la diferencia entre hombres y mujeres en el empleo, que en 2005 seguía siendo del 11,6% y que aumenta al 30% cuando las familias tienen hijos menores de seis años. Este es uno de los elementos que contribuyen a la brecha salarial (16,3%) y de pensiones (40%)<sup>22</sup>.

Respecto al procedimiento de transposición de esta propuesta de Directiva, conviene recordar que el fundamento jurídico de la misma se contiene en el artículo 153 del TFUE al referirse a una de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros y que, por lo tanto, cabe aplicar el principio de subsidiariedad. Y, a este respecto, el Comité de las Regiones ha entendido que “dado que la propuesta de la Comisión pretende modernizar el marco jurídico vigente destinado a proporcionar unas normas mínimas comunes para las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional, la acción de la UE es necesaria, adecuada y apropiada. Señala a este respecto que el artículo 153 del TFUE prevé explícitamente que la Directiva es el instrumento jurídico utilizado para establecer los requisitos mínimos aplicables progresivamente por los Estados miembros, lo que debería garantizar que un grado de intervención limitado al mínimo permita alcanzar los objetivos de la propuesta. El CDR está de acuerdo en que las normas mínimas comunes son especialmente pertinentes en el contexto de la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios en el mercado interior de la UE. Destaca, no obstante, que la actuación de la Unión debe dejar el mayor margen posible para las decisiones de los particulares y las decisiones nacionales ya que tradicionalmente en la práctica este ámbito está regulado, tanto a nivel europeo como nacional, por los interlocutores sociales”<sup>23</sup>.

---

22 COM 2017 (252) Final. Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, p. 10.

23 Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — La conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2018/C 164/11). DOUE 8.5.2018.

## 2.2. La recepción nacional de los derechos de conciliación

En España, fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la primera que reconoció de forma ciertamente acertada que, entre sus objetivos inspiradores, estaba lograr una mayor corresponsabilidad en los cuidados, tratando de lograr un equilibrio entre el trabajo y la familia, con la máxima última de favorecer los permisos por maternidad y sin que ello afectase negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres con responsabilidades familiares. Hubo que esperar, eso sí, hasta la aprobación del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, a través del cual se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo<sup>24</sup> para que se concretase una de las medidas más pertinentes para la consecución de este logro: la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto pre-adoptivo como permanente, pudiera disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, lo cual determina la compatibilidad del subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual.

La existencia de este tipo de previsiones en orden a flexibilizar el disfrute de la prestación pública, al permitir expresamente su compatibilización con el trabajo, mitiga la resistencia de los empresarios a contratar mujeres, máxime en los ordenamientos que garantizan que los permisos parentales se conceden tanto a los hombres como a las mujeres al articularse estos como derechos individuales e intransferibles de cada progenitor. A pesar de que la Ley 39/1999 pretendía o, al menos, este es el compromiso explicitado en su exposición de motivos “un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades de la vida laboral y familiar”, la misma no estaba construida sobre la idea de corresponsabilidad sino en la individualización de los derechos de conciliación, manteniéndose la titularidad femenina en el permiso de lactancia y sin proceder a la regulación de un permiso de paternidad no transferible, lo que perpetuaba la feminización de los cuidados ya analizada.

La aprobación de la LO 3/2007, LOIEMH en lo sucesivo, fue la que dio carta de naturaleza a la corresponsabilidad de las labores domésticas y de atención a la familia. Este avance se materializa en las referencias legales al

---

24 BOE 17.11-2001.

padre y a la madre, o en la incorporación del término progenitor. Asimismo, en relación al descanso de paternidad, “se emplea de manera asexuada el término –trabajador–, lo que se traduce en el reconocimiento del derecho de ambos progenitores, con independencia de su sexo (...). Con ello, se insiste en la necesidad de que los derechos de conciliación fomenten una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares y que su ejercicio no implique ningún tipo de discriminación para trabajadores y trabajadoras”<sup>25</sup>.

Con esta regulación, basada en el reconocimiento de derechos autónomos, personales e intransferibles, se pretende superar un modelo social caracterizado por repartir las responsabilidades familiares en términos desproporcionados e injustos entre los hombres y las mujeres. Por consiguiente, cabe sostener que, precisamente, el objetivo último del derecho antidiscriminatorio en este campo se dirige a constatar y combatir dichas normas sociales, pues “al margen de las políticas concretas que se establezcan sobre la mejor conciliación de la vida familiar y laboral, y/o sobre la corresponsabilidad de los varones, la prohibición de discriminación indirecta también se alza en contestación a un reparto equilibrado de la labor de cuidado”<sup>26</sup>.

### **3. El futuro: los tímidos avances de corresponsabilidad. Permisos iguales e intransferibles**

La propuesta de Directiva, actualmente en tramitación, preserva los elementos fundamentales de la Directiva sobre el permiso parental y mantiene derechos existentes, incluida la duración del permiso y el derecho individual para cada progenitor, al tiempo que introduce el pago al nivel de la baja por enfermedad y una mayor flexibilidad para tomar permisos parentales, lo que incluye la prolongación de la edad del niño, de ocho a doce años, en la que un progenitor puede tomarse un permiso parental si bien los primeros cuatro meses no serán transferibles entre los progenitores.

La pertinencia de la propuesta de la reforma de Directiva es avalada por dos aspectos en los que existe cierto consenso social: De un lado, en el impacto positivo que tiene una compensación adecuada en el uso de este permiso por los padres (segundo progenitor en la terminología de la Directiva). De otro

25 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, cit., p. 19.

26 BALLESTER PASTOR, M. A.; J. CABEZA PEREIRO, J., “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, cit., p. 109.

lado, con el valor de un uso flexible del permiso (permitiendo su disfrute de manera fragmentada o a tiempo parcial) en la medida que ambas decisiones permiten a padres y madres permanecer cerca de sus hijos y de sus empleos.

En relación al impacto de la retribución del permiso parental, se ha de partir de que su remuneración no solo asegura la continuidad de la independencia económica durante este periodo suspensivo, sino que está constatado que la existencia de un permiso retribuido incrementa su utilización por los hombres, máxime si se existen márgenes de flexibilidad en su disfrute, por ejemplo, permitiendo que sean fraccionables y se puedan tomar a tiempo parcial, compatibilizando así el subsidio y el salario<sup>27</sup>.

Ahora bien, la Comisión Europea<sup>28</sup>, constatando la falta de avances en la elaboración de planes de modernización de la legislación relativa al permiso por paternidad, “pide a los Estados miembros que vigilen estrechamente la aplicación del Acuerdo marco de los agentes sociales en materia de permiso por paternidad, en particular en lo que respecta al periodo no transferible, y que se aseguren de eliminar todas las barreras para aumentar la tasa de participación de los hombres en el disfrute de estos permisos”.

La propuesta de Directiva parte de la importancia que tiene la creación de permisos intransferibles para incorporar decididamente a los padres en el cuidado de los menores, dando facilidades para el disfrute, a tiempo completo o a tiempo parcial, simultáneo o sucesivo, de las prestaciones públicas. Lamentablemente, a fecha de cierre de este trabajo, todavía no existen disposiciones específicas a nivel de la UE sobre al permiso de paternidad, salvedad hecha a la protección frente al despido contenida en la Directiva 2006/54.

---

27 Tal posibilidad es contemplada en el ordenamiento inglés a través del programa «Keep in Touch» que permite la simultaneidad del devengo del permiso de maternidad con una prestación parcial de servicios o la asistencia a cursos de reciclaje profesional y que no solo admite la compatibilidad entre prestación y trabajo a tiempo parcial sino que este disfrute fraccionado incrementa el número de días de prestación (hasta diez más). Sobre este programa puede consultarse:

<http://www.dwp.gov.uk/publications/specialist-guides/technical-guidance/n117a-a-guide-to-maternity/statutory-maternity-pay-smp/working-in-your-maternity-pay/>

28 Puede consultarse el informe comunitario en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0069&language=ES&ring=A7-2012-0041>

La introducción de un permiso de paternidad intransferible podría tener un impacto destacable en el reparto de responsabilidades familiares entre las mujeres y los hombres, y para su configuración normativa quizá podría tratar de replicarse la legislación alemana que reformó su sistema de licencias parentales, de modo que se crea un permiso familiar de una duración máxima equivalente a catorce meses a tiempo completo a repartir entre los dos progenitores y con una cuota de dos meses intransferibles para cada uno de ellos, que puede disfrutarse simultánea o sucesivamente, a tiempo parcial o a tiempo completo. Ahora bien, un cambio social como el que implica una apuesta decidida por la corresponsabilidad no solo exigirá una reforma normativa sino un cambio radical en una norma social no escrita pero vigente que asume que los “cuidados” son responsabilidad de la mujer. Como estos son muy intensivos en tiempo, la asunción casi exclusiva de esta responsabilidad por parte de las mujeres prácticamente les imposibilita abarcar otros ámbitos de responsabilidad tanto laboral como social en igualdad con los hombres que no asumen las tareas derivadas del cuidado.

Evidentemente también es necesario un cambio de mentalidad y que la sociedad asuma como norma una cogestión igualitaria de los cuidados entre hombres y mujeres desde el inicio, y esto implica que los permisos por maternidad/paternidad sean solitarios e intransferibles y, a ser posible, de igual duración. Que el padre participe en solitario de los cuidados permite desfeminizarlos, avanzándose hacia la idea de cogestión y aunque la duración total de los permisos de conciliación se debe debatir y acordar, compartimos la idoneidad de vincular el final de estos permisos con la entrada de los menores en el ámbito escolar<sup>29</sup>.

La senda iniciada a este respecto por el ordenamiento español evidencia la importancia de que los permisos sean no transferibles, pues siendo cierto que los derechos contenidos en los artículos 37.5 y 46.3 ET se configuran como derechos individuales de los trabajadores que pueden decidir disfrutarlos de manera autónoma, los datos evidencian la feminización en el ejercicio de estos derechos. Por el contrario, que la LOIEMH regulase de manera autónoma la suspensión del contrato por paternidad fomentó “un uso más equitativo del permiso entre padres y madres, estableciendo que una parte del permiso no puede transferirse bajo ninguna circunstan-

---

29 Véanse las atinadas reflexiones de la catedrática de Economía, Sara de la Rica, en el siguiente enlace: <http://nadaesgratis.es/sara-de-la-rica/tras-el-8m-cinco-propuestas-para-la-igualdad-de-oportunidades-de-genero-en-el-ambito-laboral>

cia y que, por lo tanto, se perderá si solo uno de los dos toma el permiso parental”<sup>30</sup>.

Para avanzar aún más en la corresponsabilidad, debiese avanzarse en una regulación más igualitaria de los permisos, de ahí la pertinencia de la proposición de ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, impulsada desde la Plataforma PPiINA<sup>31</sup>. En dicha proposición se plantea que cada progenitor tenga derecho a dos permisos con distinta denominación, ambos totalmente intransferibles y pagados al 100% de la base reguladora:

1) “Permiso parental inicial”: de dos semanas obligatorias a disfrutar antes de que transcurran dos semanas a partir del nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

2) “Permiso parental para la crianza”: de catorce semanas, de las cuales cuatro serán obligatorias y diez voluntarias. Este permiso podrá disfrutarse en un bloque o, previo acuerdo con la empresa, en varios, pero siempre antes de que transcurran doce meses a partir del nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Así, se permite a las familias organizar el periodo de crianza de acuerdo con sus necesidades específicas. Asimismo, este permiso podrá tomarse a tiempo parcial, previo acuerdo de la empresa y con la condición de que la persona trabajadora se reincorpore al empleo durante el tiempo que no corresponda al permiso pagado.

#### **4. Los mecanismos de flexibilidad temporal como presupuesto para una adecuada política de equilibrio entre necesidades laborales y familiares**

Tradicionalmente los derechos de conciliación se han articulado mediante el reconocimiento legal de derechos de ausencia, siendo, a estos efectos, los permisos retribuidos, las suspensiones contractuales y, con menor intensidad, las excedencias para el cuidado de personas dependientes las figuras centrales y, sin embargo, compartimos que “una adecuada política de conciliación

---

30 LÓPEZ TERRADA, E., “Permisos parentales y conciliación”, en Ballester Pastor, A. (ed.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 149.

31 Plataforma de Permisos Iguales e Intransferibles en caso de nacimiento y adopción: <https://igualeseintransferibles.org/que-proponemos/reforma-legislativa/>

no es la que asegura el derecho de ausencia sino la que favorece el equilibrio entre las esferas laboral y de cuidados a través de medidas de acomodación temporal del trabajo, garantizando de este modo el derecho de presencia”<sup>32</sup>.

La existencia de fórmulas de trabajo flexible, como el teletrabajo, la distribución irregular de la jornada, los horarios laborales reducidos o el trabajo compartido, desempeñan un papel importante a este respecto. El desarrollo de este tipo de fórmulas no solo implica avanzar aún más en el acervo normativo de medidas ya existentes (sirva, como paradigma de esta afirmación, el lacónico artículo 34.8 ET y la escasa recepción del mismo por la negociación colectiva) sino que supone un tránsito hacia un modelo de conciliación centrado en la flexibilidad, ahora sí, bidireccional, esto es, la exigida por la empresa al trabajador, pero también a la inversa. Ahora bien, es evidente que “para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, es importante que los trabajadores puedan mantener el control sobre determinados aspectos del empleo, tales como la jornada<sup>33</sup>”, o más concretamente sobre su horario de trabajo, aspecto que no necesariamente se garantiza en la legislación española con los mecanismos de distribución irregular de la jornada adoptados unilateralmente por la empresa. En el trasfondo de este debate late un problema importante: el de la mayor disponibilidad empresarial sobre el tiempo de trabajo.

La reciente comunicación “Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores” recuerda que “la existencia de fórmulas de trabajo flexible puede evitar que los trabajadores acepten trabajos por debajo de su potencial profesional pleno y de su nivel de capacidades o bien que abandonen el mercado de trabajo cuando asuman responsabilidades familiares”<sup>34</sup>. Sin embargo, la mayor parte de los trabajadores de Europa todavía tiene unos horarios de trabajo fijos y no se han acogido plenamente a fórmulas de trabajo flexible como el trabajo a distancia, los horarios de trabajo flexibles y la jornada de trabajo reducida (trabajo a tiempo parcial).

Para enmendar esta situación, la propuesta de Directiva complementaría

---

32 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, cit., p. 23.

33 Eurofound (2015), «Policies to improve worklife balance». <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/working-conditionsindustrial-relations/policies-to-improve-work-life-balance->

34 COM 2017 (252) Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cit, p. 12.



el actual acervo de la UE de las Directivas sobre el permiso parental y sobre el trabajo a tiempo parcial mediante la introducción de un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores con hijos o con otros familiares dependientes. De prosperar esta, su ejercicio puede ayudar significativamente a mejorar la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los trabajadores, con un impacto positivo en la participación de las mujeres en el mercado de trabajo.

En España, la inconcreción del artículo 34.8 ET y la exigencia de un acuerdo, colectivo o individual<sup>35</sup>, para concretar reglas sobre la distribución flexible de los tiempos de trabajo para compatibilizar los diferentes planes de vida de una persona (entre otros, distribución irregular de la jornada anual, horarios flexibles de entrada y salida, jornada continuada o intensiva, o una regulación de los turnos o el trabajo nocturno que tenga en cuenta la variable conciliación) ha limitado notablemente la eficacia del derecho estatutariamente reconocido.

Sentado lo anterior, en cualquier conflicto planteado en esta materia se ha de partir de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, que encuentran su justificación última en el reconocimiento constitucional del mandato a los poderes públicos de proteger la familia, a los hijos y a la infancia, regulado en el art. 39 de la Constitución. Este reconocimiento tiene ciertas repercusiones, pues implica que a la hora de aplicar judicialmente las normas sobre conciliación, es imprescindible realizar esta ponderación “cuando se analiza la legitimidad de la negativa empresarial a aceptar la concreción laboral de los derechos de conciliación, especialmente cuando no exista un reconocimiento legal claro de algunos de estos derechos”<sup>36</sup>.

Ahora bien, la redacción dada al art. 34.8 ET nos permite afirmar que no estamos “ante la consagración legal de un derecho subjetivo, sino ante una mera remisión a la negociación colectiva o al acuerdo individual; en definitiva, una norma que crea una engañosa apariencia con una finalidad claramente publicitaria de un aparente interés del legislador por facilitar la conciliación, cuando en realidad ningún derecho añade en favor del trabajador”<sup>37</sup>. A ello se ha de sumar la nueva redacción dada al art. 37.5 ET, con la reforma

35 GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Abdón Pedrajas, Valencia, 2012, p. 84.

36 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Trabajo y necesidades familiares: la adaptación del tiempo de trabajo.”, *Iustel. RGSS*, vol. 48, 2018, p. 9.

37 *Ibid.*, p. 28.

operada por la Ley 3/2012, y la referencia a la reducción de jornada en relación al módulo diario lo que se ha considerado una “regulación que no es congruente con la finalidad última a la que va asociada. La conciliación de la vida laboral y familiar no se logra trabajando menos horas, sino admitiendo que las horas que se trabajan se pueden articular para hacerlas más adecuadas para hacerlas compatibles con la atención del menor. El sentido finalista de la reducción, que no otro que permitir al trabajador atender las necesidades familiares, desaparece”<sup>38</sup>.

## **5. La flexibilidad en el lugar de trabajo y el derecho a la desconexión tecnológica como telón de fondo.**

La ley 3/2012 ya refería que con el objetivo último de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral se ha de dar cabida al teletrabajo (art. 13 ET) con el convencimiento de que esta flexibilidad espacial en el lugar de la prestación laboral podría permitir, en según qué casos, conciliar mejor la actividad laboral con el cuidado de familiares. El teletrabajo ofrece muchas ventajas relacionadas con la conciliación familiar y laboral, pero siempre que se sepa establecer el límite entre empleo y vida familiar, o entre empleo y descanso, garantizando la salud del trabajador. Desde esta convicción, “hay que olvidarse de una jornada de trabajo que acaba a las 17.00 horas” pues la vida laboral y la vida privada ya no se concilian, sino que se mezclan<sup>39</sup>. En muchas ocupaciones, el tiempo de trabajo se ha difuminado en el sentido de que “el trabajo ya no se realiza en un tiempo determinado, sino en cualquier momento. En esta línea de ideas, el trabajo y la casa no son conceptos excluyentes sino coincidentes y, en consecuencia, no se plantea la separación entre la vida laboral y la vida familiar”<sup>40</sup>.

Partiendo de esta difuminación en los contornos definitorios del tiempo y lugar de trabajo, cabría plantearse cómo conciliar esta realidad con la posible traslación al ordenamiento jurídico español de un hipotético derecho de desconexión tecnológica como el recientemente aprobado en Francia. Como es bien sabido, el 9 de agosto de 2016, se publicó la Ley nº 2016-1088 de 8 de

---

<sup>38</sup> HERRÁIZ MARTÍN, M. S., *La gestión del tiempo de trabajo en el Siglo XXI*, Laborum, Murcia, p. 84.

<sup>39</sup> USKACHOVA, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 192, 2016, p. 127.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 123.

agosto de 2016<sup>41</sup>, mediante la cual se incorporó un nuevo apartado séptimo en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo, mandando a la negociación anual sobre igualdad de mujeres y hombres a tratar “las modalidades de pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como a su vida personal y familiar”. Y solo en caso de que no hubiera acuerdo en la negociación de esta materia, corresponde al empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, elaborar una política de actuación al respecto; política que definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.

Convendremos que el establecimiento de un horario flexible, algo cada vez más habitual, hace más difícil una regulación uniforme del derecho de desconexión que, desde luego, pierde sentido como un cierre absoluto durante un determinado horario de los servidores y equipos informáticos de la empresa. Si, como se acaba de indicar, la articulación de un horario flexible constituye en ocasiones un interés del trabajador, este mismo interés habría de ser ponderado a la hora de establecer un derecho de desconexión que no resulte demasiado rígido. La desconexión laboral está pensada, entre otras cosas, para permitir la conciliación del trabajador pero, si se lleva a extremos demasiado rígidos, paradójicamente puede cercenarla, al eliminar horarios y formas de trabajo flexible que, normalmente, su materialización efectiva demanda<sup>42</sup>.

## 6. A modo de conclusión

En el mercado de trabajo español, la desigualdad existente en la participación de las mujeres, significadamente de aquellas con responsabilidades familiares, no solo implica una pérdida de capital humano sino otros problemas de eficiencia de nuestra economía. No por casualidad somos uno de los países europeos con jornadas laborales más largas y productividad más baja, de ahí que deba configurarse como un objetivo prioritario de cualquier

---

41 LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n° 0184 su 9 août 2016).

42 TASCÓN LÓPEZ, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)”, *Trabajo y Derecho*, vol. 41, p. 12.

actuación política que la competitividad de la economía sea sostenible socialmente, de manera que el incremento de la productividad sea compatible con la vida privada de las personas y con el mantenimiento, en definitiva, del modelo social. Desde esta perspectiva, cualquier acción pública que apueste por mejorar la productividad debe tener como eje prioritario la eliminación de las discriminaciones que supongan un elemento de expulsión de las mujeres del mercado de trabajo. A este respecto, la Mesa para la Calidad y Mejora del Empleo<sup>43</sup>, órgano de carácter tripartito, pretende aprobar un pacto de estado para la conciliación y racionalización de horarios en el que se plantea también incorporar el derecho a la desconexión digital. De prosperar esta iniciativa, la situación de los teletrabajadores merecerá especial atención, habida cuenta que los límites de la prestación laboral son para este tipo de trabajadores más difusos, en muchas ocasiones porque así lo han querido ambas partes del contrato.

No podemos concluir este trabajo sin insistir en la necesidad de garantizar el mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo. Para lograr este objetivo, se debe avanzar en que los instrumentos de conciliación no se configuren exclusivamente como permisos que saquen a sus titulares del ámbito laboral, esto es, mediante el reconocimiento legal de la ausencia, sino mediante mecanismos que, de múltiples formas, permitan el desarrollo de la prestación laboral, pero de una forma flexible. O, dicho de otro modo, mecanismos que faciliten la atención a los cuidados familiares pero que, al tiempo, no supongan la expulsión de quienes mayoritariamente asumen estos cuidados, es decir, las mujeres. Cuestión distinta es que, en relación a los permisos, se comparta que se ha de “modificar la concepción androcéntrica originaria del Derecho del Trabajo para tratar de lograr una corresponsabilidad plena entre varones y mujeres en la atención de las tareas familiares, y ello implica apostar por permisos iguales e intransferibles que mejoren la corresponsabilidad de los hombres en una tarea, la del cuidado, que hasta ahora (por lastres sociológicos tradicionales —o directamente machistas) ha sido en virtud de inaceptables roles de género”<sup>44</sup>.

Es de aplaudir, por ello, que el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva<sup>45</sup> inste al desarrollo de medidas integrales para favore-

43 Recogiendo las propuestas de algunos partidos políticos, BOCG 28.11.2017.

44 TASCÓN LÓPEZ, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)”, cit., p. 14.

45 BOE 18.7.2018.

cer la igualdad entre hombres y mujeres, de las cuales consideramos que las más pertinentes para el presente estudio son dos: de un lado, un desarrollo del sistema de atención a la dependencia y a la infancia que dé la cobertura necesaria para que la actividad profesional retribuida de las mujeres no se vea tan afectada por estas contingencias y, de otro lado, una equiparación en las condiciones de disfrute de los permisos de paternidad y maternidad, de las reducciones de jornada o de las excedencias, de manera que se incentive desde el poder público que hombres y mujeres se acojan al ejercicio de derecho de forma equitativa, igualitaria e intransferible. Un buen ejemplo a este respecto lo proporciona el plan de igualdad de la Universidad de Cádiz que para potenciar la corresponsabilidad solo permite la acumulación en jornadas completas del permiso de lactancia si este es disfrutado por el padre.

## Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Igualdad de género y prevención de riesgos laborales: nuevas propuestas de actuación”, en Blázquez Agudo, E. (ed.) *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*, vol. I, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017, pp. 64-76.
- BALLESTER PASTOR, M. A.; CABEZA PEREIRO, J., J., “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pp. 103-138.
- DURÁN HERAS, M. A., “El desafío de la dependencia en una proyección de futuro”, *Documentación Laboral*, vol. 102, 2014.
- GARCÍA TESTAL, E.; LÓPEZ BALAGUER, M., *Los Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Tirant lo Blanch; Abdón Pedrajas, Valencia, 2012.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Trabajo y necesidades familiares: la adaptación del tiempo de trabajo.”, *Iustel. RGSS*, vol. 48, 2018.
- HERRÁIZ MARTÍN, M. S., *La gestión del tiempo de trabajo en el Siglo XXI*, Laborum, Murcia.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E., “Desafíos del programa de trabajo decente en Latinoamérica”, *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, vol. 1, 2016, pp. 15-24.
- LÓPEZ TERRADA, E., “Permisos parentales y conciliación”, en Ballester Pastor, A. (ed.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 17-75.
- MARTÍNEZ MARTÍN, I., “Diferentes usos del tiempo de mujeres y hombres”, en *Informe Es-*

paña 2013. *Una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid, 2013.

MOLINIER, P., “Género, trabajo y sexualidad”, en Laufer, L., Rochefort, F. (eds.) *¿Qué es el género?*, Icaria, Barcelona, 2016.

NUÑO GÓMEZ, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Icaria, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016.

TASCÓN LÓPEZ, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)”, *Trabajo y Derecho*, vol. 41.

USKAHOVA, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 192, 2016.

### Web sites

[http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_483214/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_483214/lang-es/index.htm)

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0069&language=ES&ring=A7-2012-0041>

<https://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=5-04080>

<http://nadaesgratis.es/sara-de-la-rica/tras-el-8m-cinco-propuestas-para-la-igualdad-de-oportunidades-de-genero-en-el-ambito-laboral>

<https://igualeseintransferibles.org/que-proponemos/reforma-legislativa/>

<https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/working-condition-industrial-relations/policies-to-improve-work-life-balance->

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1006\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1006_es.htm)

[www.nber.org/papers/w24219](http://www.nber.org/papers/w24219)

## **Seguridad Social y discriminación intersectorial: la edad y la discapacidad desde la perspectiva de género**

Eva María BLÁZQUEZ AGUDO

Universidad Carlos III de Madrid

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Directora del grupo de cooperación “Trabajo Decente y sostenible”

**RESUMEN:** La edad y la discapacidad abren la opción de beneficiarse de pensiones del sistema de la Seguridad Social. En unos casos, se regulan como contributivas, dependiendo de las cotizaciones efectuadas y, en otras, como no contributivas, concediéndose en los supuestos en los que se carezca de recursos suficientes. En ambas situaciones, la perspectiva de género introduce importantes variaciones desde los objetivos de la Agenda 2030, incidiendo en el concepto de discriminación múltiple cuando se ponen en conexión todos los elementos.

Palabras clave: ODS número 5, pensión de jubilación, pensión de incapacidad permanente, perspectiva de género, discriminación intersectorial, edad, discapacidad

**SUMARIO:** 1. Introducción: ODS, mujer, edad y discapacidad. 2. Mujeres, edad y pensión contributiva de jubilación. 2. 1. Los efectos de la brecha salarial. 2. 2. Las consecuencias de la brecha en cotizaciones. 2. 3. Los remedios legales para contrarrestar los efectos de la falta de cotización. 3. Mujer, discapacidad y pensión contributiva de incapacidad. 4. Mujer y protección no contributiva de la Seguridad Social. 4.1. La pensión por razón de discapacidad. 4.2. La pensión por razón de edad. 5. Bibliografía.

### **Social Security and intersectional discrimination: aging and disability from a gender perspective**

**ABSTRACT:** Aging and disability are elements to get a pension in social security system. In some cases, people can obtain contributive pensions that depend on contributions and, in others, non-contributive ones, when someone has not enough recourses. In both types of allowances, gender perspective introduces some important modifications from the Agenda 2030's objectives, in special in relationship to the idea of intersectional discrimination.

Key Words: SDG number 5, retirement pension, disability pension, gender perspective, intersectional discrimination, aging, disability

## 1. Introducción: ODS, mujer, edad y discapacidad

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS), en el número 5, recogen como meta el logro de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas. Más en concreto, en lo que aquí interesa, se anuncia como primer fin la eliminación de todas las formas de discriminación contra todas las mujeres, incluidas, por supuesto, las sufridas en el mercado laboral y, consecuentemente, las generadas en la protección social. Las pensiones de las trabajadoras sufren el efecto de la brecha salarial y del techo de cristal, que impactan en las cuantías de sus cotizaciones, lo que a su vez tiene consecuencias en el importe de la pensión de jubilación o de incapacidad permanente que perciban en el futuro. Pero, no solo es esto. Además, las consecuencias de la conciliación de la vida familiar y laboral reducen las posibilidades de contribuir al sistema de la Seguridad Social, generando lagunas, que pueden incluso derivar en la expulsión del sistema de pensiones contributivo por no alcanzar el tiempo exigido para causar dicha pensión.

Otras dos metas incluidas en el ODS número 5 tienen valor en este contexto: en primer lugar, el reconocimiento y valoración de los cuidados y el trabajo no doméstico remunerado mediante servicios públicos e infraestructuras políticas de protección social, promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia. De forma que desde esta declaración se deduce la obligación de los Estados de establecer medidas que promuevan la conciliación de la vida familiar y laboral, pero también abre opciones de regular instrumentos que atenúen la falta de contribución a los sistemas de la seguridad social motivada por estas labores familiares. Esto último tiene especial impacto en la Seguridad Social española que regula un sistema especial para las empleadas del hogar, que provoca una reducción de sus cotizaciones y les impide el acceso a la protección por desempleo.

Además, como parte de las medidas para conseguir las metas indicadas en el ODS número 5, se promueven reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como la promoción de las leyes que garanticen la igualdad de género y el empoderamiento. Se puede presumir que en este ámbito se incluirán las medidas que promuevan la igualdad salarial y la consecuente igualdad en la protección social.

Con el fin de conseguir las finalidades de la Agenda 2030, se deben poner en relación todos los diecisiete ODS. En concreto, el ODS número 5 tiene una especial imbricación con el número 8, en cuanto a que recoge la estructura-



ción del concepto de trabajo decente a través de la finalidad principal que es el crecimiento económico, pero también con el número 1 que consiste en poner fin a la pobreza en todas sus formas. La pobreza se manifiesta especialmente en las mujeres y más aún en las de mas edad. Es por esto por lo que garantizar pensiones adecuadas a las trabajadoras cuando alcanzan la edad de jubilación o en situaciones de discapacidad parece fundamental en este ámbito. De este modo, en lo que no llegue la protección contributiva deberá cerrarse a través de la no contributiva, es decir, mediante aquellas pensiones que se concedan a los/as que carezcan de recursos suficientes. Asimismo, hay que ponerlo en conexión con el número 10 que persigue la reducción de las desigualdades por razón de sexo, discapacidad, edad, raza origen, religión u otro estatus, en y entre los diferentes países.

Si el colectivo de las mujeres se considera un grupo especialmente vulnerable desde los ODS, cuando esta situación se pone en contacto con otros elementos de vulneración como es la edad o la discapacidad, la desprotección se magnifica. Así, se entiende por discriminación intersectorial aquella situación de desventaja social derivada de la concurrencia en una misma persona o grupo social de más de un factor que pueda dar lugar a discriminación. La desigualdad de género poco a poco va adquiriendo importancia en cuanto a factor indispensable a tener en cuenta en la investigación en diversos campos, sin embargo, lo que se olvida en ocasiones es conectarla con otros factores múltiples que agravan las situaciones de desigualdad como, por ejemplo, la edad o la discapacidad, que van a ser tratados en este trabajo.

En definitiva, poniendo en relación los ODS mencionados se puede llegar a la conclusión de que las políticas de promoción de la igualdad en el mercado laboral y sus consecuentes en el ámbito de la protección social no solo deben referirse a los hombres y las mujeres y, por tanto, incluir una perspectiva de género, sino también interrelacionarse con otros elementos como la edad y la discapacidad.

El colectivo de las personas con discapacidad es uno de los grupos vulnerables a los que hace referencia en ODS número 8 para poner de manifiesto que tienen una situación específica de inserción laboral, que lleva a que su tasa de desempleo entre un 50% y un 70% en los países desarrollados, incrementándose hasta un 85% en los que Estados que se encuentran en vías de desarrollo. Si este elemento, además, se contempla desde la perspectiva de género, dicha inserción aún se hace más complicada, en cuanto a que se añaden valores de vulnerabilidad.

Sin embargo, los ODS no hacen una especial mención a la edad como elemento a tener en cuenta en la regulación de la economía, sino como factor de discriminación general. No obstante, parece que, dada la perspectiva de envejecimiento paulatino de la población en los países desarrollados<sup>1</sup>, en especial en España, habrá que poner esta característica en conexión con el ODS número 8 y analizar sus implicaciones en el mercado laboral y sus consecuencias en el sistema de Seguridad Social.

Desde la perspectiva de los ODS, en concreto del número 5, 8 y 10 se van a examinar aquí las implicaciones de la desprotección de las trabajadoras al llegar a cierta edad o cuando sufren una discapacidad en el ámbito del sistema de pensiones español.

## **2. Mujeres, edad y pensión contributiva de jubilación**

Para situar la cuestión objeto de este estudio es preciso, en primer lugar, establecer el panorama general de beneficiarios y beneficiarias de la pensión de jubilación. En general, habrá que adelantar como punto de partida que, en principio, el perfil del/la beneficiario/a de esta pensión es masculino. En concreto, como bien se conoce, las mujeres suelen ser las beneficiarias de la pensión de viudedad, mientras que los hombres son los beneficiarios de la pensión de jubilación, debido a los efectos del antiguo reparto de roles sociales hace unas décadas, por el cual la mujer se quedaba al cuidado de la familia y el hombre trabajaba fuera de casa. Dicho reparto de roles, aunque parece casi superado en la actualidad, aún sigue teniendo consecuencias claras en la cohorte de edad de los/as trabajadores/as que ahora está alcanzando la jubilación. El reparto de las labores ha llevado a que quien trabajaba, haya generado sus propias pensiones, mientras que quien permanecía en el hogar al cuidado de la familia, mantenido económicamente por el otro, tiene que depender del reconocimiento de la pensión de viudedad en el caso de que falleciese primero su sustentador. Es decir, el reparto social se ve replicado ahora en el acceso a las pensiones por razón de vejez. Estas consecuencias se plasman claramente al analizar los datos sobre la pensión de jubilación. El número de hombres beneficiarios de una pensión de jubilación es de forma

---

<sup>1</sup> *The 2018 Ageing Report* señala que la variable laboral es una de las más importante para analizar el examen de elemento edad, debiendo ponerlo en el centro de los estudios sobre el envejecimiento. Vid. European Commission, *The 2018 Ageing Report*, Luxemburgo, 2018.

absoluta superior al de mujeres: frente a 3.682.692 pensiones de beneficiarios hay un total de 2.265.014 de beneficiarias<sup>2</sup>.

No obstante, esta situación es previsible que cambie, debido a la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, de forma que en unos años empezarán a alcanzar un mayor número de trabajadoras la edad legal de jubilación y, por tanto, se incrementará progresivamente el número de beneficiarias. Aunque, ya hay que advertir, la equiparación no es absoluta dada que en septiembre de 2017 el número de trabajadores afiliados a la Seguridad Social ha sido de 10.164.383 (casi un 54% del total), mientras que el de las afiliadas ha sido 8.647.122 (casi un 46%)<sup>3</sup>, de lo que se puede concluir que la inserción laboral de las mujeres sigue siendo sensiblemente menor que la de los hombres. En cualquier caso, el aumento progresivo de la mano de obra femenina sigue, aunque de forma mucho más lenta, lo que se deduce comparando con los datos de hace 10 años (2007), donde el porcentaje variaba en un 58,3% de trabajadores frente a 41,7% de trabajadoras.

Si bien es verdad que poco a poco se está produciendo un acercamiento de las cifras de hombres y mujeres que desarrollan una actividad laboral y, consecuentemente, cotizan a la Seguridad Social, con lo que es posible que vaya incrementándose el número de las pensionistas, no es esperable la equiparación en el ámbito de las pensiones. Desde el momento en que su situación en el mercado laboral no es idéntica, estos elementos que provocarán diferencias replicarán sus consecuencias en el acceso a la pensión de jubilación, es especial los efectos de la brecha salarial provocan también una brecha en la protección social. Es decir, el hecho de que los salarios de las mujeres sean inferiores que los de los hombres hace que tenga su manifestación en las cotizaciones y, consecuentemente, en sus pensiones futuras, tal y como a continuación se analizará. Pero, no solo tendrá efectos dicha brecha, sino también la de las propias cotizaciones, puesto que en general las trabajadoras presentan lagunas en sus contribuciones por los efectos de la conciliación de su vida familiar con la laboral.

---

2 Todos los datos que se van a emplear en este epígrafe han sido obtenidos de las estadísticas publicadas por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad social y corresponde a los datos publicados el 1 de septiembre de 2018.

3 Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, *Afiliaciones a la Seguridad Social*, septiembre de 2018.

## 2.1. Los efectos de la brecha salarial

Para comprobar los efectos de la brecha salarial en la posterior cuantía de la pensión de jubilación basta con cotejar el importe medio de la pensión de jubilación de los hombres y las mujeres. Los primeros alcanzan una media de 1275, 48 euros, mientras que las pensiones de las mujeres se sitúan en una media de 823, 59 euros. La diferencia es muy significativa. Lo mismo se comprueba al hacer el examen por regímenes: así, el importe medio en el Régimen General es de 1392, 95 frente a 974, 89 euros y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es de 829, 65 frente a 611, 35 euros. Solo con estos datos se puede concluir que las mujeres emprendedoras es un colectivo especialmente vulnerable que debería ser protegido especialmente desde las políticas sociales, tal y como se analiza en otro capítulo de este libro.

Desde este panorama, es fácil deducir que el número de las pensiones de jubilación de las mujeres complementadas por mínimos con el fin de alcanzar la suficiencia será superior<sup>4</sup>. Así, 668.874 de hombres y 691.551 de mujeres. Si la diferencia en términos absolutos no es demasiado significativa, sí que lo es si se estima el número total de pensiones. Si se parte de que hay 3.682.523 pensiones de beneficiarios frente a un total de 2.258.850 de beneficiarias, el porcentaje de pensiones complementadas será un 18% frente a un 30% aproximadamente, lo que pone en evidencia que es más común en las beneficiarias la necesidad de complementar su pensión para garantizar que su importe sea suficiente<sup>5</sup>.

El complemento por mínimos, al menos, logra que las trabajadoras, que han cotizado por una base de cotización menor, en general, que los trabajadores, consigan una pensión mínima que, por su propia carrera de cotizaciones, en ocasiones, no podrían conseguir. Esto es, dicho complemento es un remedio esencial para garantizar pensiones adecuadas a todos, pero especialmente a las mujeres, mientras el propio mercado de trabajo no consiga este efecto a través de la eliminación de la brecha salarial.

---

4 Para acceder al complemento por mínimos se exige que el beneficiario demuestre su carencia de rentas, aunque se trate de una pensión contributiva. Se demanda que sus ingresos (salariales, de capital o de origen prestacional) sean inferiores a una cantidad cierta que será determinada anualmente en la Ley de Presupuestos del Estado y, como no tiene carácter consolidable, en cada ejercicio deberán demostrarse de nuevo estas circunstancias de insuficiencia.

5 Estas consecuencias se han alcanzado desde el análisis de los complementos por mínimos que han sido reconocidos a 1 de agosto de 2018.

## 2.2. Las consecuencias de la brecha en cotizaciones

Es un hecho constatado que las mujeres soportan mayor carga familiar, sobre todo en los tramos centrales de la vida laboral. Esta realidad tiene efectos claros en sus cotizaciones. Por un lado, afectará en cuanto a que tendrán períodos que solo se dediquen a dichos cuidados (por ejemplo, a través de excedencias) o incluso en los que sea expulsada del mercado laboral por estos motivos, donde no tengan cotizaciones; por otro, a veces se optará por aminorar el tiempo de trabajo (mediante contratos de trabajo a tiempo parcial o reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiar), donde consecuentemente se disminuirá las cotizaciones. Así, la conciliación de la vida familiar y laboral afectará tanto al acceso como al cálculo de la pensión de jubilación.

La edad de acceso a la pensión de jubilación en la actualidad está sufriendo una transitoria, de forma que cada año va incrementándose de forma paulatina. En el año 2027, fecha en que se alcanzará la regulación definitiva, la edad legal de jubilación será a los sesenta y siete años o sesenta y cinco para largas carreras de cotización (treinta y ocho años y seis meses). Es de imaginar que la mayoría de las trabajadoras no podrán acceder al beneficio a los sesenta y cinco años, dado que debido a su situación en el mercado laboral y sus obligaciones familiares será complicado acreditar las contribuciones exigidas para beneficiarse de edades más tempranas.

En todo caso, hay que poner de manifiesto que en el sistema de pensiones español nunca se ha marcado diferencia en el requisito de la edad para el acceso a la pensión de jubilación de acuerdo con el género de los/as pensionistas. Mientras en otros Estados sí se ha incluido alguna distinción, reduciendo la edad del beneficio para las mujeres<sup>6</sup>. Este elemento si bien permite el cese de la actividad con antelación, sin embargo, reduce los años en los que las trabajadoras pueden alcanzar los períodos de carencia exigidos o sobre los cuales se calculan las pensiones. Es por esto por lo que se entiende positivo la igualación de la edad de acceso a la pensión contributiva de jubilación en el sistema de pensiones español.

Por otro lado, la norma actual sobre la pensión de jubilación potencia el envejecimiento activo, esto es, la continuación de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación. Se reconocen distintas fórmulas de compatibilidad

---

6 Sobre esta cuestión, se puede consultar Del Águila Cazorla, O., “La reforma de las pensiones de jubilación desde una perspectiva de género”, en Blázquez Agudo, E.M. (dir), *Prestaciones de Seguridad Social y Género*, OISS, 2017. págs. 22 y ss.

salario y pensión, que dan lugar a diversas formas de cotización que, en ocasiones, sirven para modificar la cuantía de la pensión futura y en otras no (son simplemente de solidaridad); y porcentajes extraordinarios por cada año de trabajo más allá de la edad legal de jubilación para aquellos que simplemente siguen trabajando al alcanzar dicha edad.

Puede intuirse que la continuación en el puesto de trabajo se hará sobre todo en actividades en las que son precisas mayores cualificaciones, de forma que como las mujeres suelen desarrollarlos en menor medida este tipo de trabajos, en general, serán menos las que decidan continuar activas en el mercado laboral. Asimismo, la propia inercia de discriminación de la mujer en el mercado laboral seguramente hará más dificultoso que las empresas deseen mantenerlas después de que hayan alcanzado la edad legal de jubilación. Por otra parte, hay fórmulas de compatibilidad de salarios y pensión a las que solamente se puede acceder cuando la cuantía de la prestación es el 100% de la base reguladora, para lo cual se precisa una larga carrera de cotización, que difícilmente podrán probar las trabajadoras.

También hay que contemplar la posibilidad de que esta opción de continuar con la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación no sea del todo voluntaria, sino que venga promovida por no cumplir las condiciones de acceso al beneficio en ese momento. Así, el incentivo, en muchas ocasiones, no se aplicará como tal para el colectivo de las mujeres, puesto que en mayor medida las trabajadoras tendrán necesidad de continuar, si es que se lo permiten, motivadas por no haber alcanzado las condiciones de cotización mínima para acceder a la pensión de jubilación (quince años de cotización, dos de ellos en los últimos quince años), debido a los efectos de la asunción de las tareas de conciliación familiar tienen en sus carreras profesionales, incluso más allá de los propios mecanismos de corrección que la legislación contempla y que luego se analizarán.

Esta afirmación es contrastable a través del número de pensiones de jubilación anticipadas, esto es, a edades anteriores a la legal de jubilación. Desde estas cifras se puede concluir que las cotizaciones de las trabajadoras son menores que las de los trabajadores. Frente a un total de 261.102 hombres hay 100.552 mujeres, esto es, menos de la mitad. Desde estas cifras se puede deducir que será más difícil para las trabajadoras acceder a estas jubilaciones que, en general, requieren largas carreras de cotización (treinta y cinco años para la jubilación voluntaria, treinta y tres para la involuntaria y para la parcial). Podría entenderse que estos datos son frutos de la propia voluntad

de las mujeres de no abandonar el mercado laboral a edades tempranas, no obstante, parece que no es posible concluir tal cuestión, dado que, si la mujer tiene más complicado su acceso y mantenimiento en el mercado laboral, más aún será cuando avance su edad. De forma que la situación descrita solo se puede deber a la brecha de cotización, que llevará a que sea más arduo su acceso a estas modalidades, lo cual, en principio, no es tan preocupante, como que dicha carencia no las permita acceder al beneficio a la edad legal de jubilación por no haber complementado el período mínimo exigido y les obligue a mantenerse en activo.

En definitiva, el acceso a la jubilación de las trabajadoras tenderá a ser a edades próximas a las legales de jubilación, sin que, en general, se utilice la modalidad anticipada, debido a la dificultad de acreditación de una larga carrera de cotización, ni tampoco el envejecimiento activo a través de su continuación en activo más allá de la edad legal de jubilación, dado que es aún más difícil mantener un contrato de trabajo a partir de edad en un mercado de trabajo donde las mujeres tienen reducidas dichas posibilidades. Así, generalmente accederán a la jubilación a la edad legal de jubilación, excepto en los supuestos en que no sea posible debido a la falta de acreditación de los períodos de carencia mínima.

Es justamente esta cuestión la que más preocupa en este contexto. Las consecuencias de la brecha de contribuciones en la acreditación de las cotizaciones mínimas para acceder a la pensión de jubilación. Se exigen tener cotizados, al menos, quince años, así como acreditar que dos de esos años se hayan conseguido en los quince últimos.

En ocasiones, es este último requisito (el denominado carencia específica) el que impide el acceso a la jubilación, sobre todo en los supuestos en los que las trabajadoras concentraron su actividad laboral antes de formar su familia y dedicarse a su cuidado. Con el fin de evitar este perverso efecto, los tribunales han desarrollado una interpretación humanizadora de este requisito, que consiste en que cuando una persona no pudo cotizar por causa ajena a su voluntad (como es el descrito), dicho lapso se coloca entre paréntesis sin que se tenga en consideración en la determinación del periodo de los quince últimos años antes del hecho causante donde se tienen que acreditar los dos años. De esta forma, los quince años se contabilizarán para atrás desde el momento en que se abandonó la actividad laboral por causa no imputable al/ a la futuro/a beneficiario/a.

Pero, la brecha de cotizaciones no tendrá solo efecto en la edad de acceso a

la pensión de jubilación, sino también directamente en su cuantía. Progresivamente se van a valorar más años de cotización del sujeto hasta llegar a 2020, donde para determinar la cuantía de la pensión de jubilación se tendrán en cuenta las bases de cotización de los trescientos meses anteriores al hecho causante. En muchas ocasiones, también por los efectos de la conciliación, antes mencionados, será complicado que las trabajadoras puedan aportar este período de cotización de forma continua, es decir, sin lagunas de contribución.

La legislación contempla reglas para la integración de lagunas, cuando se tengan estos lapsos de cotización en el tiempo a valorar para el cálculo de la pensión, pero únicamente se complementan con el 100 % de la base mínima de cotización durante 48 meses, a partir de ese momento se harán solo con el 50 % de dicha base. Así, cuando las trabajadoras tengan en esos veinticinco años lagunas de más de cuatro años, la integración les afectará a la pensión de jubilación en mayor medida, puesto que desde ese momento dicha integración será por una cuantía inferior. Pero, aún será peor la situación de la trabajadora autónoma o la que desarrolle su actividad en el sistema especial de empleadas del hogar. En estos casos, ni siquiera se les ofrecerá la opción de completar sus bases, en los cuarenta y ocho meses primeros al 100% y luego al 50%, sino que directamente se entenderán como no cotizados, reduciendo considerablemente la base reguladora. Esta situación descrita tendrá especiales efectos en el caso de las trabajadoras del hogar familiar, donde la mayoría de las cotizantes son mujeres y, además, debido a las especialidades de la relación es posible sufrir más lagunas de cotización.

Para finalizar, también hay que poner en evidencia que cada vez se demanda más número de años de contribución a los efectos de aplicar el 100% a la base reguladora. En 2027 se exigirán hasta treinta y siete años, lo cual afecta a todos los trabajadores, pero más a las trabajadoras que generalmente tienen más dificultades en acreditar mayores tramos de contribución por las cuestiones ya expuestas.

Por todo lo expuesto, tanto la brecha salarial como la brecha de cotizaciones tiene un efecto directo en los importes de las cuantías de las pensiones de jubilación de las trabajadoras, que llevan a que sean inferiores a las de los trabajadores. De nuevo, los elementos que discriminan a las mujeres en el mercado laboral provocan idénticas discriminaciones en el ámbito de la pensión de jubilación.



### **2.3. Los remedios legales para contrarrestar los efectos de la falta de cotización**

En los últimos tiempos, se han regulado ciertos remedios para evitar los efectos perniciosos de la dedicación al cuidado de los familiares, que sufren las trabajadoras, en el acceso a la pensión de jubilación y en su cuantía, que ya han sido puestos en evidencia.

En concreto, se trata del reconocimiento de cotizaciones ficticias relacionadas con la maternidad con el fin de colaborar en el aumento del período cotizado. Dos son los remedios regulados: uno primero por parto solo reconocido a las mujeres y uno segundo por cuidado de hijo/a, que se concede con independencia del sexo del trabajador/a. Además, en caso de reducción o excedencia por cuidado de hijo/a, la regulación también contempla ciertos beneficios.

En primer lugar, se reconoce un período de cotización por parto, exclusivamente a las madres, cuando no hayan contribuido a la Seguridad Social en este momento. Es decir, a aquellas que no disfrutaban de la prestación por maternidad y su correspondiente cotización. En concreto, son ciento doce días de cotización por cada parto, a los que se sumarán catorce días más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto múltiple. Es decir, que el elemento que marca el beneficio no es cada hijo/a, sino cada parto.

Asimismo, se reconocen períodos ficticios de cotización cuando se abandona la carrera de cotización por cuidado de hijo, lo cual se presume si se acreditan los elementos que a continuación se señalan. En este supuesto, se reconocen días de cotización por cada hijo tanto a los efectos de determinar la edad de jubilación como para el cálculo de su cuantía. Desde 2019 se computarán doscientos setenta días por cada hijo/a, con independencia que hayan nacido o hayan sido adoptados. En este caso, se reconoce a todos/as los/as trabajadores/as, siempre que se haya interrumpido la cotización por cuidado de hijo/a, cuando se haya extinguido la relación laboral o se haya finalizado el cobro de prestación de desempleo entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los seis años posteriores a este momento. Si ambos progenitores cumplen estas condiciones, el reconocimiento privilegia a la madre.

Dos son las críticas que se pueden verter sobre el reconocimiento de estas cotizaciones ficticias. En primer lugar, que su reconocimiento solo a las madres (o preferentemente a estas) parece que apuesta por la perpetuación del reparto de roles. Parece que sería más adecuado reconocer el beneficio de forma general, a quien se encontrase en la situación descrita, con indepen-

dencia de que sean las mujeres quienes también las disfrutarían en la mayoría de los supuestos. Por otra parte, el hecho causante tendría que ser el mismo: el nacimiento o el parto. Hay razones para defender que es más adecuado el nacimiento, dado que es la llegada del nuevo hijo el que va a provocar las necesidades de cuidado y no el parto en cuestión.

Dejando al margen el reconocimiento de cotizaciones ficticias, una vez pasado el momento del nacimiento o los primeros momentos después de este, es el cuidado directo de los/as hijos/as, el que puede provocar efectos en las cotizaciones de las trabajadoras. Para evitar las consecuencias negativas de esta situación, por ejemplo, se reconoce como cotizado al 100% los períodos de reducción de jornada por guarda legal durante los dos primeros años y en caso de atención de otros familiares durante un año<sup>7</sup>, tiempo que es muy reducido teniendo en cuenta que esta situación puede extenderse hasta que el /la hijo/a cumpla doce años. En la misma línea, en este caso sin limitación, se entienden cotizados de idéntica manera durante todo el tiempo que dure la reducción de jornada por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave. Igualmente, se concede un tratamiento especial a los períodos de excedencia por cuidado de menor o familiares, precedidos de una reducción de jornada por cuidado de hijo o pariente. De este modo se colabora en la reducción de los efectos de la cotización por tiempo parcial.

También se regulan remedios que vienen a atenuar los efectos de los contratos a tiempo parcial, donde el colectivo femenino es mayoritario<sup>8</sup>. En relación con el período de carencia, se aplican reglas atenuadoras de estas circunstancias dependiendo del porcentaje del tiempo trabajado en comparación con el mismo trabajo a tiempo completo; y de la duración del trabajo a tiempo parcial en comparación con el tiempo total en el que se ha desarrollado actividad laboral por el beneficiario. En relación con la base reguladora se aplica de forma general un coeficiente del 1,5 para atenuar las consecuencias de las ínfimas bases de cotización que suelen presentar los trabajadores a tiempo parcial debido a sus bajos salarios.

Para finalizar este elenco de remedios para atenuar los efectos de la po-

---

7 De las 685.300 personas que redujeron su horario laboral, el 85,1 % fueron mujeres y el 14,9% varones (INE, 2011).

8 La STC 61/2013, de 14 de marzo, declaró que los efectos de la cotización en los contratos a tiempo parcial vulneraban el principio de igualdad, dado que hay muchas más mujeres que hombres desarrollando una actividad laboral a tiempo parcial, por lo que discriminaba a las trabajadoras. Posteriormente, la Ley 1/2014, de 28 de febrero, reguló remedios para atenuar las consecuencias en las pensiones de este tipo de actividad.

sición de la mujer en el mercado laboral, sobre todo provocada por las consecuencias de la conciliación de la vida familiar y laboral, se reconoce el complemento por maternidad, cuyo objetivo es premiar a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social en la pensión de jubilación, pero también en la de incapacidad permanente y en la de viudedad. Se demanda tener más de dos hijos (naturales o adoptados) y se reconoce un incremento de un 5% de la base reguladora que se haya empleado para determinar la prestación, cuando tenga dos hijos; un 10% por tres y un 15% a partir de cuatro. Este beneficio no quedará afectado por el tope de pensiones, dado que, si el beneficio alcanza la cuantía de la pensión máxima, el importe del complemento se sumará a esta. En todo caso, debido a la brecha salarial que sufren las trabajadoras será en pocas ocasiones en las que se aplique este correctivo.

En este caso, de nuevo hay que criticar que este beneficio se reconozca de forma exclusiva a las madres y no a los padres. Si se considera un premio por la aportación a la natalidad, debería igualmente concederse a ambos progenitores. Asimismo, la consideración como aportación solo a partir del segundo hijo tampoco se entiende conveniente, teniendo presente la baja tasa de natalidad que existe en estos momentos en España.

Todos estos remedios, quizás excepto el complemento por maternidad, son parches a los necesarios cambios que precisa, no tanto la regulación de la Seguridad Social, como el propio mercado de trabajo que provoca esta situación. Es la equiparación de los trabajadores y trabajadoras en el mercado laboral lo que podrá evitar los perjuicios de la brecha salarial y de cotización. De esta forma, el mejor remedio a esta situación debería ser la flexibilización del mercado (tanto en tiempo como en lugar) con el fin de que colaborar en la corresponsabilidad y conseguir la igualdad salarial y de cotizaciones, que será lo único que garantice pensiones de jubilación adecuadas en el futuro también para las trabajadoras.

### **3. Mujer, discapacidad y protección contributiva de incapacidad**

En el ámbito contributivo, es especialmente complicado que las mujeres con discapacidad causen pensiones. Si el mercado laboral pone especiales trabas la empleabilidad de las personas con discapacidad, cuando se pone en relación con el género, los efectos son devastadores<sup>9</sup>. Pero, en este contexto el

---

<sup>9</sup> Solo el 35,2% de las personas con discapacidad son activas. Por otro lado, la tasa de desempleo entre trabajadores con discapacidad es 9,1% superior en comparación con el

mayor problema es su inactividad, de modo que no es que tengan especiales trabas en el acceso a las pensiones contributivas, es que no acceden<sup>10</sup>.

Otra cuestión diferente es las situaciones sobrevenidas que se protegen mediante la pensión de incapacidad permanente. Es decir, la situación del/ de la trabajador/a que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Con esta prestación, por tanto, se reconoce una cuantía económica en los supuestos en los que el/la trabajador/a no puedan desarrollar actividad laboral debido a su salud física o psíquica de forma permanente. Por lo tanto, la pensión de incapacidad permanente tiene como objeto la sustitución del salario perdido por la imposibilidad de continuar desarrollando un trabajo de forma total o absoluta. En este caso, solo se demanda alta o situación asimilada al alta para acceder al derecho, excepto en supuestos de enfermedad común que se exige un período mínimo de cotización.

Sorprende analizar las cifras de pensionistas desde una perspectiva de género: un total de 609.513 beneficiarios frente a 343.039 beneficiarias. Se concluye, por tanto, que con independencia de que aquí no se vierten las consecuencias del elemento edad, que lleva a que en esas edades aún no se haya producido la incorporación de la mujer al mercado laboral, no obstante, también el número de hombres pensionistas es muy superior al de mujeres. Casi el doble. A continuación, se analizan las causas posibles de dicho resultado.

En este caso, impactará en menor medida que en la pensión de jubilación, la situación social anterior en la que la mujer permanecía en casa al cuidado de la familia, dado que los/as beneficiarios/as de la pensión de incapacidad permanente serán los/as trabajadores/as actuales, y ya se podrán ver reflejados los efectos de la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral. Aunque si bien es verdad, es lógico que, a mayor edad, mayor posibilidad de encontrarse en situación de incapacidad permanente. Por lo tanto, sí que habrá cierto efecto de la edad en cuanto a que es más probable que los trabajadores de mayor edad sean hombres.

Las diferencias mayores por razón de edad se pueden encontrar entre los

---

resto de los empleados. Pero, aun la diferencia se acrecienta más si se incluye la perspectiva de género: de las personas con discapacidad ocupadas solo el 42,1% son mujeres. Vid. *El empleo de las personas con discapacidad* en 2016.

10 El 76, 41 de las personas discapacitadas se clasifican como inactivas (Encuesta realizada por el INE, IMSERSO y ONCE en 2016).

cincuenta y sesenta años. Así, en la cohorte entre cincuenta y cinco y cincuenta y nueve hay 152.699 hombres frente a 85.007 mujeres y entre los cincuenta y cincuenta y cuatro hay 109.993 hombre frente a 58.395 mujeres. Así, podría explicarse la diferencia de pensionista según su género en la menor población activa femenina en estas etapas. No obstante, se vuelve a encontrar similares conclusiones en etapas anteriores (por ejemplo, entre cuarenta y cinco y cuarenta y nueve, hay 72.947 hombres frente a 40.095 mujeres; y entre cuarenta y cuarenta y cuatro 48.064 hombres frente a 25.468 mujeres), de forma que no se puede concluir que solo la edad sea un elemento que determina la diferencia del número de pensionistas en su análisis por razón de género.

Cambiando de tercio, si bien es verdad que el número de pensiones por contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) tiene mayor incidencia en los hombres (71.812 y 8.355 beneficiarios, respectivamente) que en las mujeres (12.884 y 3.683 beneficiarias, respectivamente), lo cual tiene su origen en los sectores y profesionales más masculinizados, tampoco este dato explica el mayor número de pensionistas masculinos en este ámbito, sobre todo cuando se pone en relación con el número de incapacidades temporales, donde las mujeres son más proclives a las bajas por riesgos comunes, elevando los porcentajes totales de dichas bajas.

Quizás el cambio de tendencia desde la incapacidad temporal (fuertemente feminizada) a la permanente (totalmente masculinizada) se debe a las causas de la primera. Es decir, la inclusión de las bajas provocadas por el embarazo, los efectos de los procesos fisiológicos propios de las mujeres y las consecuencias de la conciliación de la vida laboral y familiar, incluida la doble jornada<sup>11</sup>, que no se manifiesta ya en los procesos permanentes. Una vez superados estos elementos, son los hombres los beneficiarios de ambos tipos de incapacidades, provocadas por riesgos comunes y profesionales, cuando se convierten en permanentes.

Lo que lleva a entender que uno de los elementos que hay que considerar es los efectos de la necesidad de demostrar un período mínimo de cotización para enfermedad común. Así, para los/as menores de treinta y uno años se demanda una cotización de un tercio del tiempo entre la fecha en que cumplió dieciséis años y el hecho causante. Si el/la potencial beneficiario/a tiene más edad de la señalada, entonces deberá probar que ha cotizado una cuarta parte del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años y el día

---

11 BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. *Absentismo y Políticas de igualdad* en AA.VV., VII Informe Adeco de Absentismo, 2018, págs. 77 y ss.

del hecho causante, siempre con un mínimo de cinco años. Además, en este último caso un quinto de este tiempo tendrá que haberse cotizado en los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante (o fecha en que terminó la obligación de cotizar en situaciones en los que se accede a la pensión desde una situación asimilada al alta). Por otro lado, también se puede disfrutar desde una situación de no alta, siempre que se haya contribuido quince años y tres de estos hayan sido en los últimos diez.

Es posible que estas exigencias en materia de cotización sí que tengan influencia en el acceso a la pensión y por las mismas razones que ya fueron mencionadas con anterioridad. En la misma línea, también se beneficiarían las mujeres de la interpretación humanizadora en el cumplimiento del período de carencia específica (tres años en los últimos diez), así como de las matizaciones en los contratos a tiempo parcial, la integración de lagunas y las mejoras de las cuantías a través del complemento por maternidad.

Lo que no es sorprendente en absoluto es el análisis de la cuantía de las pensiones, puesto que en este caso también se vierten los efectos de la brecha salarial, puesto que son las bases de cotización, relacionadas con el salario, las que sirven para determinar el importe de la pensión de la incapacidad permanente. De este modo, los beneficiarios cobran de media una pensión de 1011,32 frente a los 851,41 euros de las beneficiarias. Y obviamente se encuentran de nuevo en mayor porcentaje complementadas por mínimos al igual que las de jubilación. Así, una vez más hay que poner en evidencia las necesidades de flexibilidad en el mercado laboral con el fin de evitar los efectos perniciosos de la conciliación de la vida familiar y laboral en todo el sistema de pensiones.

#### **4. Mujer y protección no contributiva de la Seguridad Social**

Las pensiones no contributivas se reconocen de acuerdo con la carencia de rentas (al contrario que las contributivas que se basan en la cotización al sistema) y tienen una forma distinta de financiación (a través de impuestos). Las condiciones de su acceso son la demostración de la carencia de recursos suficientes y la residencia en territorio nacional. Se trata de la pensión no contributiva de jubilación para mayores de sesenta y cinco años y la no contributiva por invalidez para quienes tengan reconocida una discapacidad superior al 65%.

Así, para acceder a las pensiones no contributivas se exige la carencia de recursos suficientes. La valoración de dichas rentas se hace en cómputo anual

y sumando las de todos los familiares que conviven, entendiendo por unidad familiar los unidos por vínculo conyugal y los consanguíneos hasta el segundo grado. Se considera a los familiares que conviven, siempre que estén unidos por vínculo conyugal o sean consanguíneos hasta el segundo grado.

Por otro lado, se incluyen tanto las rentas, como los rendimientos de bienes muebles o inmuebles y las prestaciones, con alguna excepción. El cálculo se hace de acuerdo con los ingresos brutos. Una vez se suman todas estas cuantías, solo podrán percibir la prestación en aquellos supuestos donde dicha suma sea inferior a los límites que cada año se determinan en la Ley de Presupuestos.

El importe de la pensión se establece anualmente en la Ley de Presupuestos, valorando las rentas personales y de su unidad económica de convivencia. Además, si el/la beneficiario/a tenga una discapacidad superior al 75% y precise de la ayuda de un tercero para realizar los actos esenciales de la vida, se aumentará el importe de la pensión en un 50 %.

Por último, si varios sujetos de la misma familia tienen derecho a la concesión de las prestaciones no contributivas habrá que estar a las limitaciones fijadas como cuantía máxima determinada por unidad familiar, que varía según sean beneficiarios/as dos o tres miembros de la familia.

El perfil de los/as beneficiarios/as de pensión no contributiva es una mujer, ya que representan el 65,88 % del total. De este ellas el 46,58 % están casadas<sup>12</sup>. Es lógico este perfil, dado que en el caso de las mujeres casadas se tendrá en cuenta también las rentas recibidas por sus maridos, de forma que se reducen las posibilidades de demostrar la carencia de rentas. Además, la pobreza es en mayor medida femenina. Así, por ejemplo, se estima que en España el 31,75% de las mujeres con discapacidad se sitúan por debajo del umbral de la pobreza frente al 28, 63% de los hombres con discapacidad<sup>13</sup>, de forma que serán las mujeres con discapacidad quienes en especial precisen de recursos para sobrevivir, fuera del sistema contributivo.

#### **4.1. La pensión por razón de discapacidad**

Las condiciones exigidas, además de la carencia de rentas, serán que el/la beneficiario/a tengan más de dieciocho años y menos de sesenta y cinco, dado

<sup>12</sup> IMSERSO, *Perfil del pensionista de PNC*, diciembre de 2017.

<sup>13</sup> Datos de 2008 recogidos en Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia sobre discapacidad 2012-2020*, pág. 25.

que después de esta edad quedarán protegidos por la pensión de jubilación. Asimismo, se requiere haber residido, al menos, cinco años en territorio español, debiendo ser dos de esos años inmediatamente anteriores al momento de la solicitud del beneficio.

El/la beneficiario/a debe encontrarse afecta por una discapacidad o enfermedad crónica en grado igual o superior al 65%. Para la determinación de dicho grado deberán valorarse cuestiones relacionadas con factores físicos, psíquicos y sociales del entorno del sujeto. No tiene relación con la incapacidad de llevar a cabo una actividad profesional concreta. En todo caso, se entiende que se cumple esta condición cuando le haya sido reconocida una Invalidez Permanente Absoluta o una Gran Invalidez. De hecho, la discapacidad se reconoce por órganos de valoración de cada Comunidad Autónoma, independientes del sistema de la Seguridad Social de ámbito nacional.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, define discapacidad, la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona “normal”. El artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece que son titulares de los derechos: 1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Una vez fijada el concepto de discapacidad, hay que iniciar su análisis desde una perspectiva de género. Se estima que un 60% de las personas con discapacidad son mujeres<sup>14</sup>. Aunque de acuerdo con la definición del RD legisla-

---

14 El número total de personas residentes en hogares españoles que declaran tener alguna discapacidad asciende a 3.847.900, lo que supone un 8,5% de la población. De estas personas, 2,30 millones (10%) son mujeres frente a 1,55 millones (7%) de hombres. Vid. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia sobre discapacidad 2012-2020*.



tivo 1/2013 el número de personas con discapacidad calificada en más de un 33% ascienden a 3.378.622, de las cuales 1.686.563 son hombres y 1.692.019 son mujeres.<sup>15</sup> Sin embargo, sólo son el 44,05% del total de los trabajadores ocupados con estas características. De hecho, el porcentaje de mujeres inactivas se sitúa aproximadamente en un 70% del total<sup>16</sup>.

Existen importantes políticas en materia de empleo que busca incentivar el empleo de las personas con discapacidad, en especial de las mujeres, lo que llevará a la cotización y, por tanto, a la protección social dentro del modelo contributivo. Destaca la reserva legal de un 2% de los puestos de trabajo en las empresas públicas o privadas, siempre que haya más de 50 trabajadores para este colectivo, aunque luego incluye excepciones tales como la inexistencia de trabajadores aptos para determinados puestos, y la alegación de motivos productivos, organizativos, técnicos o económicos que motiven la dificultad de su integración en la plantilla. Por otra parte, se regulan reglas especiales en los contratos de aprendizaje (eliminado el requisito de la edad), en el contrato en prácticas (se amplía el tiempo permitido entre la obtención del título o certificado hasta el inicio de la contratación hasta seis años) y en la contratación indefinida (donde se reconocen importantes bonificaciones, de mayor cuantía para las mujeres, sin condiciones de mantenimiento del nivel de empleo). Además, se reglamentan otras opciones fuera del mercado laboral general, dentro del denominado trabajo protegido, como en los Centros Especiales de Empleo o en los enclaves laborales, aunque en estos casos no hay beneficios especiales para el colectivo femenino. En todo caso, la Estrategia sobre Discapacidad 2012-2020 incluye como uno de sus objetivos la promoción de actuaciones específicamente dirigidas a impulsar la incorporación de las mujeres con discapacidad al mercado laboral, en igualdad de oportunidades.

No obstante, mientras que no se revierta esta situación y las personas con discapacidad se inserten en el mercado laboral, como hay más mujeres discapacitadas inactivas, serán estas las que, en mayor medida, perciban las prestaciones no contributivas por discapacidad.

Ya en los porcentajes de las discapacidades que dan lugar a la pensión no contributiva de invalidez (más de un 65% y menos de un 75%) hay que seña-

---

15 IMSERSO, *Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad* (Informe a 31/12/2016).

16 El porcentaje de mujeres inactiva se sitúa en el 70% en INE, *El empleo de las personas con discapacidad*, 2010.

lar que en este caso hay un 412.806 de hombres (24,48% del total) frente a 460.313 de mujeres (27,20% del total). La diferencia no es muy significativa, aunque se acrecienta más a partir del 75%, donde 290.409 (17,22 %) son hombres y 357.726 (21,14%) son mujeres<sup>17</sup>.

En definitiva, en la pensión no contributiva de invalidez hay dos tipos más usuales de beneficiarios/as: por una parte, un hombre menor de 50 años; y otro que es una mujer con una edad comprendida entre 55 y 64 años, en ambos casos solteros y con discapacidad psíquica. Aunque el porcentaje de feminización de este colectivo es inferior al que se presenta en las pensiones no contributivas de jubilación (el 51,90 % de los pensionistas no contributivos de invalidez son mujeres, frente al 76,85 % en que se cifra la presencia femenina entre los pensionistas de jubilación), de este modo se puede concluir que la edad es un elemento que va a influir en mayor medida que la discapacidad en la protección no contributiva de la Seguridad Social.

#### **4.2. La pensión por razón de edad**

Los requisitos exigidos en la pensión no contributiva de jubilación son idénticos a los descritos para las pensiones no contributivas por invalidez, excepto en las siguientes condiciones: a) la edad: es preciso tener más de sesenta y cinco años: b) la residencia: se exigen diez años de residencia en territorio español transcurrido entre los dieciséis años y la edad del devengo de la pensión, exigiéndose siempre que se haya vivido en España dos años inmediatamente anteriores a la solicitud del beneficio.

El beneficiario tipo de una pensión no contributiva de jubilación se corresponde con una mujer española, con una edad comprendida entre los sesenta y cinco y los setenta y cuatro años, cuyo estado civil es el de casada y que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas. De hecho, el 76,85 %, como ya se mencionó, de los pensionistas son mujeres, de las cuales un 54,75% están casadas<sup>18</sup>.

Como ya se ha señalado, las mujeres mayores de sesenta y cinco años acceden en menor medida a la pensión contributiva de jubilación debido a que su tasa de actividad es bastante reducida, debido a que se dedicaron al cuidado de su familia y no cotizaron para alcanzar el período de cotización necesaria.

---

<sup>17</sup> IMSERSO, *Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad* (Informe a 31/12/2016).

<sup>18</sup> IMSERSO, *Perfil del pensionista de PNC*, diciembre de 2017.

Es por esto por lo que cuando no tengan otras rentas adecuadas (como por ejemplo la pensión de viudedad cuando haya fallecido su marido o el importe de la pensión de jubilación de su marido no garantice la suficiencia al matrimonio), tendrán como única opción la solicitud de la pensión no contributiva.

## 5. Bibliografía

- Blázquez Agudo, E.M. “Absentismo y Políticas de igualdad” en AA.VV., *VII Informe Adeco de Absentismo*, 2018.
- Del Águila Cazorla, O., “La reforma de las pensiones de jubilación desde una perspectiva de género”, en Blázquez Agudo, E.M.), *Prestaciones de Seguridad Social y Género*, OISS, 2017.
- European Commission, *The 2018 Ageing Report*, Luxemburgo, 2018.
- IMSERSO, *Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad*, diciembre 2016.
- IMSERSO, *Perfil del pensionista de PNC*, diciembre de 2017.
- INE, *El empleo de las personas con discapacidad*, 2010.
- Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Estrategia sobre discapacidad 2012-2020*.
- Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, *Afiliaciones a la Seguridad Social*, septiembre 2018.



## Trabajo autónomo decente de la mujer

María Teresa ALAMEDA CASTILLO

Universidad Carlos III de Madrid

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**RESUMEN.** En el debate mundial abierto en torno al trabajo decente, el trabajo asalariado no es el único centro de atención, junto a él se sitúa el trabajo autónomo. En este contexto, desde la óptica del ODS 8 con la transversalidad de género como premisa esencial, en este trabajo se recogen materializaciones de trabajo autónomo decente y no decente de la mujer, algunas compartidas con los autoempleados hombres y otras específicas que se adicionan a las primeras. Son objeto de reflexión a la luz de las últimas reformas en la materia, los derechos fundamentales, la articulación de la conciliación de la vida familiar y la actividad profesional, la protección de la seguridad y salud en el trabajo y la protección social, extremos, todos ellos, que serán los focos de actuación esenciales para poder hablar de trabajo autónomo decente de la mujer. Por su parte, se constatan algunos espacios de fraude que afectan al trabajo digno, decente, conectados, en muchas ocasiones, con la figura del falso autónomo.

*Palabras clave: emprendimiento, trabajo autónomo, mujer, trabajo decente*

**SUMARIO:** 1. Algunas cifras: la radiografía del emprendimiento y del trabajo autónomo. 2. El trabajo autónomo como trabajo decente (ODS 8). 3. Materializaciones de trabajo autónomo decente y no decente de la mujer (unas compartidas, otras específicas). 3.1. Los derechos del trabajador/a autónomo. Déficits en materia de conciliación de actividad profesional y vida familiar. 3.2. Seguridad y salud (prevención y reparación). 3.3. Protección social: la rigidez y flexibilidad del modelo. 4. Un ámbito de desprotección inesperado: *platform work* autónomo. 5. Espacios para el fraude y trabajo no decente de la mujer: Modelo cooperativo (cooperativas de facturación y cooperativas del sector cárnico) y el uso desviado de la tarifa plana. 6. Reflexiones finales

**ABSTRACT.** In the global debate about decent work, salaried work is not the only center of attention, along with autonomous work. In this context, from the perspective of SDG 8 with gender mainstreaming as an essential premise, this work includes materialisations of decent and not decent self-employment of women, some shared with self-employed men and other specific ones that are added to the first. They are subject to reflection in light of the latest reforms in the field, fundamental rights, the articulation of the reconciliation of family life and professional activity, the protection of safety and health at work and social protection, extremes, all of them will be the essential areas of action to be able to talk about decent self-employment of women. On the other hand, some areas of fraud that affect dignified, decent work, connected, in many cases, with bogus self-employment are noted.

*Keywords: entrepreneurship, self-employment, women, decent work*

## 1. Algunas cifras: la radiografía del emprendimiento y del trabajo autónomo

Con datos del *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM) 2017-2018, la actividad emprendedora repunta en España en el último año con una participación que supera por primera vez desde 2008 la cifra de 6 personas emprendedoras en fase inicial por cada 100 personas de la población adulta (6,2%). Sin embargo, el 28,3% de la actividad emprendedora lo es por necesidad (frente al 15% en 2009) y el 68,5% de las personas que emprenden lo hacen porque detectan oportunidades en el mercado. Ahora bien, la tasa de negocios consolidados (con más de 3,5 años en el mercado) también ha crecido, situando a España (7%) en la media de Europa y por encima del total de las economías impulsadas por la innovación y es menor el porcentaje de abandonos empresariales que la media de los países de su mismo nivel de desarrollo (1,9% frente al 2,9%)<sup>1</sup>.

Por su parte, cifra *Eurostat* en 30.5 millones los europeos que en 2017 son trabajadores por cuenta propia. El ránking europeo del autoempleo lo lidera Grecia (29%) seguido de Italia (21%) y de Polonia (18%); España ocupa el sexto lugar con un 16% y la media europea es del 14%. Dinamarca, Suecia, Estonia y Alemania son los países con la tasa de autónomos más baja (7.81%, 8.83%, 8,92%, 9,22%, respectivamente)<sup>2</sup>. Los trabajadores por cuenta propia son, además, un colectivo eminentemente masculino, un 67,25% de los trabajadores autónomos de la UE son hombres. No obstante, la brecha de género en materia de autoempleo se va reduciendo, las mujeres lideran el crecimiento del trabajo autónomo en España en los últimos años<sup>3</sup> y ya representan el

---

1 <http://www.gem-spain.com/wp-content/uploads/2018/04/Informe-GEM-2017-18.pdf>

2 *Taking a look at self-employed in the EU* (<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20170906-1?inheritRedirect=true&redirect=%2Feurostat%2F>).

3 La TEA (Tasa de actividad emprendedora) presenta una participación masculina relativamente mayor que la femenina (55,1% frente 44,9%); no obstante, la brecha entre hombres y mujeres a la hora de emprender viene disminuyendo de forma continua desde 2012. Actualmente, 8 mujeres inician negocios por cada 10 hombres españoles, una cifra que supera a la media de Europa, donde sólo se cuentan 6 mujeres por cada 10 hombres emprendedores. Las diferencias de género se acentúan en torno a los negocios consolidados que lideran hombres (60%) frente a los que están bajo la dirección de mujeres (40%), aunque se equipara en lo que respecta a personas que esperan crear un negocio en los próximos tres años (50,9% de hombres frente a 49,1% de mujeres) y cambian a favor de las

35,3% del total de autónomos (1.130.771 mujeres autónomas)<sup>4</sup>. Aun cuando muchas mujeres accedieron al trabajo por cuenta propia por necesidad en la crisis, en su mayoría, no vuelven al trabajo por cuenta ajena en la postcrisis en buena medida porque las condiciones de trabajo que obtienen como autónomas, especialmente en materia económica y en conciliación, son mejores (en principio y sin perjuicio de las indicaciones que se harán después) que las que les pueden ofrecer, hoy, los empleos por cuenta ajena<sup>5</sup>.

La presencia femenina en el trabajo autónomo es especialmente intensa en el trabajo de cuidados y en el sector servicios, en el que, en general (aquí, sin diferencias entre géneros) continúan concentrados la mayoría de los nuevos proyectos de emprendimiento y nuevas empresas. Éstos nacen, en una proporción de 6 de cada 10 personas en forma de autoempleo, sin emplear a nadie más en el negocio.

## 2. El trabajo autónomo como trabajo decente (ODS 8)

En la actualidad, el surgimiento de nuevos modelos de trabajo, de trabajadores y de relaciones laborales va difuminando conceptos tradicionales del Derecho laboral y las fronteras entre trabajo dependiente e independiente, generando incertidumbre sobre las consecuencias –positivas y negativas– de tales transformaciones. En ese escenario, se sitúan en el centro del debate los objetivos de pleno empleo con trabajo decente de calidad y la protección social para todos. En estos términos se expresa la Conversación III (Gobernanza del trabajo) sobre el Futuro del Trabajo (Iniciativa del centenario OIT)<sup>6</sup>. Es una realidad innegable que la creciente globalización de las economías, unida a la propia evolución tecnológica inciden de forma clara en la manera de or-

---

mujeres cuando se trata del abandono de negocios, lo que sucede en el 52,6% de los casos cuando los lideran hombres (<http://www.gem-spain.com/wp-content/uploads/2018/04/Informe-GEM-2017-18.pdf>).

4 En 2017 las emprendedoras aumentaron un 0,4%. Los varones lo hicieron un 0,2%. En números absolutos, cuatro de cada diez personas que se sumaron al RETA son mujeres (ATA [Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos], *En la última década, el crecimiento de autónomos en España es femenino* [<https://ata.es/wp-content/uploads/2018/03/INFORME-MUJER-ESPAN%CC%83A-2018-ok.pdf>]).

5 *Ibid.*

6 AA.VV, *El futuro del trabajo que queremos*, Ed. MEYSS, Madrid, 2017, ps. 15 y 48, Volumen I.

ganizar el trabajo y la producción<sup>7</sup>. En este contexto, las opciones son diversas pero, en muchos casos, traen consigo la reducción del tamaño de las empresas y el incremento de formas de colaboración empresarial que favorecen el autoempleo, en detrimento de la contratación laboral directa o junto a ella. Las estrategias empresariales de externalización o subcontratación buscan en ocasiones mejorar la competitividad y la productividad pero, en otros casos, la alta especialización en los servicios ofrecidos por profesionales y empresas, lleva a otras a centrarse en lo importante. Junto a ello, la incertidumbre e inestabilidad en un entorno competitivo hace que muchas empresas decidan recurrir a fórmulas de colaboración empresarial para tener mayor flexibilidad; aun cuando el marco normativo laboral del trabajo asalariado ha sido objeto de reformas profundamente flexibilizadoras en los últimos años.

El trabajo autónomo también debe ser una fuente de empleo decente con derechos. El concepto de trabajo decente presenta unas innegables connotaciones político-sociales: a) se trata de un paradigma asentado sobre una sólida fundamentación ética, b) despliega una indudable proyección política, c) tiene una naturaleza flexible que le dota de una gran versatilidad aplicativa y d) es mensurable en términos estadísticos, lo que posibilita su evaluación desde una óptica socioeconómica. En todo caso, la proyección política del trabajo decente conecta con un ambicioso programa de actuaciones y una estrategia articulada en torno a los cuatro objetivos básicos<sup>8</sup>. Estos cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente (Objetivo de Desarrollo Sostenible –ODS– número 8 ONU)<sup>9</sup> son promover los empleos y las empresas, garantizar los de-

---

7 Memoria del Director General, Informe 1 “La iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo”, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, p. 14.

8 LOZANO LARES, F., “La eficacia jurídica del concepto de trabajo decente”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 4, nº 4, 2016, p. 8.

9 La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el 25 de septiembre de 2015 en Nueva York la resolución *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (Distr. General. 21 de octubre de 2015. A/RES/70/1). La Agenda 2030 abarca las tres dimensiones de la sostenibilidad: económica, social y medioambiental. Está constituida por 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que se basarán en los progresos alcanzados a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). La importancia del trabajo decente para realizar el desarrollo sostenible está puesta de manifiesto en el Objetivo 8 cuya finalidad es “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”. Un número mayor de personas con empleos decentes significa un crecimiento económico más fuerte e inclusivo



rechos en el trabajo, extender la protección social y promover el diálogo social con la igualdad de género como un tema transversal. A efectos de medición del trabajo decente, el punto de partida son estos diez elementos fundamentales: oportunidades de empleo, trabajo que debería eliminarse o abolirse, ingresos adecuados y trabajo productivo, horas de trabajo decentes, estabilidad y seguridad del trabajo, combinación del trabajo y la vida familiar, igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, entorno de trabajo seguro, seguridad social y diálogo social y representación de los trabajadores<sup>10</sup>. A ello se acompañan 21 indicadores cualitativos relativos al marco jurídico por país<sup>11</sup>.

En cualquier caso, será Trabajo Decente aquel trabajo productivo realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad en el lugar de trabajo y dignidad, en el que los derechos laborales son respetados y se garantiza remuneración suficiente y protección social<sup>12</sup>. Esto es, un trabajo en condiciones justas y con una protección suficiente. En concreto, en materia de pro-

---

y mayor crecimiento significa más recursos disponibles para crear empleo decente (*Trabajo decente y la Agenda 2030 de desarrollo sostenible*, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_470340.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf)).

10 OIT, *Medición del trabajo decente. Documento de debate para la Reunión tripartita de expertos sobre la medición del trabajo decente*, Documento TMEMDW/2008, Ginebra, 2008, p. 17.

11 Estos 21 indicadores son: *Labour administration, government commitment to full employment, unemployment insurance, statutory minimum wage, maximum hours of work, paid annual leave, maternity leave, parental leave, child labour, forced labour, termination of employment, equal opportunity and treatment, equal remuneration of men and women for work of equal value, employment injury benefits, occupational safety and health (OSH) labour inspection, oldage social security or pension benefits (public/private), incapacity for work due to sickness/sick leave, incapacity for work due to invalidity, freedom of association and the right to organize, collective bargaining right y tripartite consultations* (ILO, *Decent Work Indicators: Guidelines for Producers and Users of Statistical and Legal Framework Indicator*. [http://www.ilo.org/stat/Publications/WCMS\\_223121/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/stat/Publications/WCMS_223121/lang--en/index.htm)). Previamente, otros intentos de cuantificar el nivel o grado de trabajo decente a través de indicadores en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, 2003, trabajos de GHAI, D. ("Trabajo decente. Concepto e indicadores", pp. 126-160.), ANKER, R., CHERNYSHEV, I., EGGER, P., MEHRAN, F., RITTER, J.A. ("La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos, ps. 161-195) y BESCOND, D., CHATAIGNIER, A. y MEHRAN, F. ("Siete indicadores para medir el trabajo decente", ps. 197-231).

12 OIT, *Construir un futuro con trabajo decente*, 2016. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_455313.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_455313.pdf)

tección social, se aspira a permitir el acceso de todas las personas a niveles mínimos de seguridad ante los riesgos y contingencias sociales, tales como, la enfermedad, los accidentes, la vejez, el desempleo y la exclusión. En cualquier caso, el concepto de trabajo decente es dinámico, evoluciona con el progreso social y económico de un país y es aplicable a todo trabajo, sin distinción, sea asalariado o por cuenta propia<sup>13</sup>. En la actualidad, entre las labores principales de la OIT se sitúa el desarrollo del Programa de Trabajo Decente entre cuyos fines se encuentra la promoción del empleo, de la protección social y del trabajo seguro aplicable al trabajo autónomo<sup>14</sup>.

Entiende la OIT que la salud de un mercado laboral depende del nivel de desempleo que posea pero también de la calidad del empleo creado y del nivel de trabajo decente que se logre. En tiempos de crisis, mientras el mercado de trabajo asalariado expulsa a un ingente número de personas trabajadoras, algunas de ellas pasan al desempleo y otras optan por el autoempleo, lo que genera un aumento de empleos vulnerables (trabajadores por cuenta propia y trabajadores familiares auxiliares), siendo necesario analizar la tasa de empleo vulnerable de un país como indicador de déficit de trabajo decente<sup>15</sup>. El Informe de la OIT *Perspectivas sociales y de empleo en el mundo 2016*<sup>16</sup> examinó la situación de las economías desarrolladas, emergentes y en desarrollo e incluyó una previsión sobre los niveles de desempleo en el mundo, prestando especial atención a las tasas de empleo vulnerable en cada país. Este empleo

---

13 En este contexto, afirmarán MONEREO PÉREZ y LÓPEZ DE INSUA que el trabajo decente, esto es, básicamente, el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias- en la normativa internacional sobre derechos humanos es un típico derecho social de estructura compleja estrechamente vinculado al derecho al trabajo que en su estructura jurídica comprende, a su vez, un conjunto de derechos anudados funcionalmente. En cuanto al ámbito subjetivo de los derechos comprendidos en la garantía de condiciones de trabajo justas y equitativas, se extiende a todo trabajador, sin distinción, aun cuando en la lógica de los derechos que se especifican parece referirse ante todo a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados (“La garantía internacional del derecho a un trabajo decente”, Revista española de Derecho del Trabajo, n° 177, 2015, p. 6 y ss.)

14 Vid., ERMIDA URIARTE, O., CASANOVA, F. (coord.), “Trabajo decente y formación”, en *Formación para el trabajo decente*, CINTERFOR/OIT, 2001, p. 13.

15 El empleo vulnerable alcanza a un 46% del empleo global en 2016, lo que equivale a unos 1.500 millones de personas en el mundo (OIT, *Perspectivas sociales y de empleo en el mundo- Tendencias 2016*, ps. 7 y 21).

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms\\_443505.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_443505.pdf)

16 Ibid.

engloba a los trabajadores familiares no remunerados y a los trabajadores autónomos como porcentaje del empleo total. Los índices se asocian a un alto nivel de precariedad por su escasa o inexistente remuneración y dificultad para acceder a programas de protección social. Además, también sufren los efectos de la falta de asociacionismo y sindicatos que defiendan sus intereses. Sólo un 5% de estos trabajadores contribuye en regímenes de protección y seguridad social. Aun cuando la situación sea especialmente grave en países emergentes y en desarrollo (tasas de desempleo vulnerable por encima del 70%)<sup>17</sup>, en España, el porcentaje de población empleada en empleo vulnerable supera el 14%. Ello supone un serio obstáculo para alcanzar el trabajo decente y, junto a ello, la baja calidad del empleo creado de este modo, es otro de los factores determinantes del lento crecimiento de la economía<sup>18</sup>. Además, la proyección actual de la OIT indica una reversión en la tendencia del pasado de reducción de este tipo de empleo (estancada desde 2012): se prevé un aumento anual de 17 millones de personas en empleo vulnerable en 2018 y 2019 unido a una ralentización del ritmo de reducción de la pobreza laboral<sup>19</sup>.

El concepto de trabajo decente, junto a su formulación genérica en el ámbito internacional, requiere concreción a nivel interno y exige de los poderes públicos articular medidas legales de carácter protector que permitan distinguir trabajo decente del que no lo es porque se encuentre desprovisto de mecanismos protectores o de suficiencia<sup>20</sup>. En este contexto ha de ser objeto de reflexión el dato de que la tasa de pobreza de los trabajadores por cuenta propia triplica la de los asalariados en la UE<sup>21</sup>. En España, los trabajadores

---

17 En 2017, el 82% de las mujeres de los países en desarrollo se encuentra en modalidades de empleo vulnerable, frente al 72% de los hombres (OIT, *Perspectivas sociales y del Empleo en el mundo, Tendencias 2018* [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_615695/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_615695/lang-es/index.htm)).

18 RODRÍGUEZ EGÍO, M., *Hacia un trabajo autónomo decente*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2016, ps. 61-67.

19 En términos de pobreza laboral, el mercado de trabajo sólo ha logrado un limitado avance. En 2017, los ingresos o el consumo *per cápita* de los hogares de más de 300 millones de trabajadores de países emergentes y en desarrollo es inferior 1.9 dólares americanos al día (*Perspectivas sociales y del Empleo en el mundo, Tendencias 2018*. cit.)

20 VILA TIerno, F., “Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del trabajo decente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 421, 2018, ps. 61 y 64.

21 SPASOVA, S, BOUGET, D & others, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe, A study of national policies*, European Commission, Brussels, 2017, p. 15.

autónomos presentan una alta vulnerabilidad a las situaciones de pobreza, no en vano algunos informes sitúan en un 40% el autoempleo de bajos ingresos<sup>22</sup>. A nivel europeo, el 25% de los trabajadores por cuenta propia son calificados como *vulnerable* and *concealed* (vulnerables y ocultos) que acceden al trabajo autónomo ante la inexistencia de mejores alternativas. Muchos de ellos dependen de uno o varios clientes, tienen poca autonomía en el trabajo y son financieramente vulnerables<sup>23</sup>.

Además, el 61% de los proyectos de empresas sin asalariados no llega a 5 años y el 20% de las empresas creadas pone fin a su actividad en el primer año de vida<sup>24</sup>, lo que evidencia la fragilidad de la actividad puesta en marcha y del empleo autónomo creado. Es más, el trabajo autónomo (como ya se indicó previamente) se concentra en un importante volumen en el sector servicios y esta concentración sectorial se percibe como una debilidad estructural, que con la crisis ha acentuado sus efectos, al tratarse de actividades con bajos niveles de innovación que tienen, además, un marcado componente cíclico<sup>25</sup>. En base a las previsiones de la OIT, de cara al futuro, se prevé un giro estructural hacia el sector servicios y, para obtener los resultados de la transformación estructural en materia de trabajo decente se habrán de emprender primero iniciativas políticas firmes que impulsen la formalización, el empleo de calidad (por cuenta propia y por cuenta ajena) y la productividad en el sector<sup>26</sup>.

En España, aun cuando en los últimos diez años (y muy especialmente desde 2013) se adoptan políticas públicas de fomento del trabajo autónomo y del emprendimiento, se está propiciando un trabajo autónomo esporádico, complementario en muchos casos del que se tiene por cuenta ajena, poco

---

<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fb235634-e3a7-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-en>

<sup>22</sup> *Pobreza y trabajadores pobres en España*, Informe nº 106, 2014, Fundación 1º de Mayo., ps. 21-22 y 37, MACKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Independent work: Choice, necessity and the Gig Economy*, octubre 2016, p. 5.

<https://www.google.com/search?q=Independent+work%3A+choice%2C+necessity+and+the+Gig+Economy&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab>

<sup>23</sup> EUROFOUND, *Exploring self-employment in the European Union*, Ed. UE, Luxemburgo, 2017, p. 61.

<sup>24</sup> CES Informe 3/2016, *La creación de empresas en España y su impacto en el empleo*, Madrid, 2016, ps. 34-36.

<sup>25</sup> FUNDACIÓN 1º DE MAYO, *Reflexiones y propuestas en torno a la Economía Social y el Autoempleo*, Madrid, 2011, p. 116.

<sup>26</sup> *Perspectivas sociales y del Empleo en el mundo, Tendencias 2018*, cit.

estable, discontinuo y en actividades de escaso valor añadido<sup>27</sup>. En este contexto se critica, además, que tras diez años de aprobación de la LETA<sup>28</sup>, se ha avanzado poco en la protección social de los trabajadores por cuenta propia y nada en materia de seguridad y salud en el trabajo en un contexto en el que las nuevas formas de trabajo autónomo hacen emerger nuevos riesgos que acentúan la precariedad y desprotección de un importante colectivo de personas que trabajan y, cuyo crecimiento se impulsa, paradójicamente, por los poderes públicos<sup>29</sup>. La exigencia de habitualidad para la inclusión en el RETA genera un significativo efectos expulsión sobre los modernos trabajos flexibles por cuenta propia a lo que hay que añadir otras carencias como el carácter voluntario del aseguramiento de algunas contingencias, lo que impide calificar como contingencia profesional genuinos siniestros de este tipo y protegerlos como tales<sup>30</sup>. Ello se conecta, por su parte, desde la óptica de la prevención, con la inexistencia de un auténtico deber legal de autoprotección y con la desprotección material de personas menores de edad que trabajan por cuenta propia. Por ello, se habla de una doble discriminación en este sentido (en la óptica preventiva y en la óptica reparadora)<sup>31</sup>.

En esta línea, la propia OIT en el Informe *Perspectivas sociales y de empleo en el mundo 2017* constata la mayor desprotección para las prestaciones de servicios de los trabajadores por cuenta propia frente a las de los trabajadores por cuenta ajena. El trabajo autónomo se cataloga como modalidad de trabajo flexible (categoría en la que también se incluyen los trabajadores temporales y a tiempo parcial) en la que se concentran las mayores diferencias retributivas y se hace evidente un desigual reparto de la riqueza y de los efectos del crecimiento económico que, a su vez, se ve afectado por la situación de los mismos<sup>32</sup>.

Descendiendo ya al plano interno, se revisan a continuación (y tomando como punto de partida los planteamientos generales ya realizados), materia-

---

27 FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “Trabajo autónomo precario: una indagación sobre sus causas y sus implicaciones en materia de Seguridad Social”, Revista de Derecho Social, nº 81, 2018, p. 105.

28 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo

29 RODRÍGUEZ EGÍO, M., *Hacia un trabajo autónomo decente*, op. cit., p. 17.

30 Vid. *infra*, 3.3.

31 CAVAS MARTÍNEZ, F., Prologo a la obra de Rodríguez Egío, *Hacia un trabajo autónomo decente*, op. cit., p. 12.

32 [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_540901.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_540901.pdf)

lizaciones concretas de trabajo autónomo decente, lo que implica un marco de protección y garantías, esencialmente en el campo de los derechos, la seguridad y salud y la protección social de los autoempleados. A su vez, se indicarán manifestaciones de trabajo no decente en esos mismos ámbitos, algunas compartidas por todos los trabajadores autónomos sin distinción de género, y otras específicas de las trabajadoras por cuenta propia mujeres (que se adicionan a las primeras).

### 3. Materializaciones de trabajo autónomo decente y no decente de la mujer (unas compartidas, otras específicas)

#### 3.1. Los derechos del trabajador/a autónomo. Déficits en materia de conciliación de actividad profesional y vida familiar

Tradicionalmente, el trabajo autónomo ha sido un ámbito presidido por la autonomía de la voluntad en el que regían, prácticamente en exclusiva, normas civiles y mercantiles. La LETA rompe esta dinámica y el reconocimiento de derechos en la misma, considerado con frecuencia como meramente simbólico<sup>33</sup> es, ciertamente, algo más. Supone, la importación de garantías y el reconocimiento de un marco de protección heterónomo, por limitado que pueda parecer, en inicio<sup>34</sup>. Esta nueva mirada hacia el trabajo autónomo desde el Derecho social parte del necesario respeto a la autonomía contractual pero, al mismo tiempo, ya implica la concreción de una mínima red de derechos sociales<sup>35</sup>. La LETA incluye tanto declaraciones de derechos de rango constitucional como relaciones de derechos y deberes básicos que descienden a aspectos concretos de la actividad profesional y todo ello se hace con el propósito de extender al mundo del trabajo autónomo derechos que a me-

---

33 DESDENTADO BONETE, A., “El traje nuevo del emperador. Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del trabajador autónomo”, *Revista de Derecho Social*, nº 44, 2008.

34 Ello evidencia algo que anunciara OJEDA AVILES, la colonización por el Derecho del trabajo de otros ámbitos distintos al tradicionalmente suyo, del contrato de trabajo, expandiéndose por los terrenos propios del Derecho civil, mercantil y Administrativo, de una manera distinta a la que en otros tiempos hiciera hablar del carácter expansivo de la legislación laboral (“Saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 111, 2002, p. 343).

35 En esta línea, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ sostiene que ya debemos empezar a hablar de derechos laborales básicos para todas las personas que trabajan, sean trabajadores o autónomos (*Autónomos con derecho a nada*, *El País*, 16 septiembre 2018).

nudo se han venido acotando, restringiendo, legal o judicialmente, al trabajo asalariado<sup>36</sup>. Ahora bien, en materia de derechos fundamentales en la prestación de servicios del autónomo, la lógica contractual que preside la misma, la buena fe como criterio inspirador del modo de ejercicio de los derechos en el marco de la relación entre las partes y potencialmente también el juego de la responsabilidad contractual va a tener un campo de despliegue mayor porque restricciones en estos derechos que serían inadmisibles en relación con los trabajadores, no lo serán en el marco de los autónomos. El juego mutuo del principio de libertad de empresa puede legitimar opciones y acciones de cada parte -algunas de ellas recogidas en la propia LETA- que no tienen parangón en el ámbito laboral.. Ello exigirá una labor de adaptación y ajuste (muy especialmente para los jueces) bajo el mandato dirigido a los poderes públicos de garantizar la efectividad de los derechos y libertades públicas del trabajador autónomo<sup>37</sup> (art. 6.1. LETA).

Dicho esto, la clasificación de derechos de los arts. 4, 5 y 6 LETA, pese a su criticada asistematicidad y reiteración, presenta una estructura lógica si atendemos a la naturaleza o tipo de derechos que se entienden dignos de protección en base a tres realidades del trabajo/trabajador autónomo: a) derechos fundamentales y libertades públicas que ostenta el trabajador autónomo como cualquier ciudadano, b) aquellos derechos típicos –y propios- de la actividad empresarial y profesional y c) los derechos en el ejercicio de la actividad; aquí se recepcionan aquellos derechos de los asalariados exportables al trabajo autónomo. En otras palabras, aquellos derechos que han de ser respetados en cualquier realidad de trabajo, sea ésta por cuenta propia o ajena. Se estaría conformando, de esta forma, una zona intermedia de protección, de manera que la distancia tutelar entre trabajo autónomo y trabajo asalariado ya no es tan acentuada como en el pasado. Buen ejemplo de ello son los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional en conexión con el derecho a la igualdad y no discriminación (que afectará tanto a la libre iniciativa económica y a la contratación como a las condiciones de ejercicio profesional). En la LETA, después del reconocimiento general de que los trabajadores autónomos tienen derecho al ejercicio de los derechos fundamentales y

---

36 GOERLICH PESET, J.M., “Comentario al art. 4”, en AA.VV (dirs. J. Cruz Villalón, I. García-Perrote Escartín, J.M. Goerlich Peset, J. Mercader Uguina), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Lex Nova, 2016, ps. 76-77, 4ª edición.

37 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.E., “Los derechos fundamentales del trabajador autónomo económicamente dependiente”, *Revista de Derecho Social*, nº 42, 2008, p. 14.



libertades públicas reconocidos en la CE y los tratados y acuerdos ratificados por España sobre la materia (art. 4.1), entre los derechos en el ejercicio de la actividad profesional se recoge: el derecho individual a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por razón de sexo (entre otras causas)<sup>38</sup> (art. 4.3.a)], el derecho individual a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar<sup>39</sup>, incluyendo la suspensión de actividad en situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento (art. 4.3 g] LETA) y el derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad entre las que refiere expresamente la protección social en aquellas situaciones (art. 4.3 g] LETA).

Tales derechos se concretan en el traslado de garantías del trabajo asalariado que ahora se proyectan también en el trabajo por cuenta propia y que se modulan en función de la singularidad de la prestación de servicios por cuenta propia. La necesidad de actuar en esta línea en materia de trabajo autónomo encuentra su fundamento tanto en la necesidad de fomentar el autoempleo femenino como en la idea de hacer efectivos los valores constitucionales de igualdad (arts. 1 y 14 CE) y protección de la familia y de los hijos (arts. 39 CE)<sup>40</sup>. En esta línea y partiendo de la realidad de que es la conciliación de la actividad profesional y las responsabilidades familiares uno de los principales retos a los que se enfrentan las mujeres emprendedoras, las Comunicaciones de la Comisión *Agenda Social renovada: oportunidades, acceso y solidari-*

---

38 Dedicándose después un artículo específico al derecho a la no discriminación y la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 6 LETA).

39 Repárese, sin embargo, en las dificultades que implicará, en muchas ocasiones, la realización material de aquellos derechos. Sólo para los TRADE existen en la LETA previsiones en materia de tiempo de trabajo y, ciertamente, muy débiles: no se limita el número de horas ordinarias durante las cuales se debe desarrollar la actividad profesional ni se fija un descanso mínimo obligatorio entre jornadas. El art. 14 LETA establece únicamente algunas referencias específicas en materia de interrupción anual de la actividad, dejando al contrato individual o a los AIPs, la determinación del régimen de descansos -semanal y festivos-, la cuantía máxima de la jornada de actividad y en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal. Ello se completa con algunas reglas en materia de tiempo extraordinario de trabajo. Únicamente en el apartado 4 art. 14 se recoge la laxa referencia de que el horario de actividad «*procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar vida personal, familiar y profesional*».

40 FERRANDO GARCÍA, F., “Igualdad y conciliación de la vida familiar y la actividad profesional de los trabajadores y trabajadoras autónomas: avances normativos y cuestiones pendientes”, IQual. Revista de Género e Igualdad, 2018, 1, p. 33.



*dad en la Europa del siglo XXI (2008) y Relanzar el espíritu emprendedor en Europa (2013)*<sup>41</sup> insisten en la necesidad de actuar contra las diferencias de género relacionadas con la actividad empresarial apostando por fórmulas que faciliten aquella conciliación.

Aun cuando el trabajador/a por cuenta propia compartirá necesidades de conciliación con el trabajador por cuenta ajena (maternidad, adopción, cuidados...) su carácter de autoempleado al frente de una actividad productiva o profesional hace que hayan de ser satisfechas, también, necesidades específicas. De ahí que la efectividad de su derecho a la conciliación de la vida profesional y familiar esté conectado con otros derechos de cuya extensión y garantía depende, en buena medida, la virtualidad de éste. Tales derechos se enlazan con la jornada de actividad y los descansos, con la facultad de suspender total o parcialmente la actividad en situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción y acogimiento y con la posibilidad de continuar su actividad mediante la contratación de un sustituto cuando el cese de la actividad resultare inconveniente o demasiado gravoso<sup>42</sup>. En los últimos años, se han llevado a cabo algunas reformas en esta materia (Leyes 31/2015 y 6/2017)<sup>43</sup> que afectarán especialmente a la autónoma mujer: posibilidad de contratar el TRADE a un trabajador a su servicio sin perder la condición de tal durante los descansos por maternidad, paternidad, guarda, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y durante las situaciones de cuidado de menores de 12 años o familiares dependientes o discapacitados (art. 11.2. a] LETA), ampliación a 12 años de la edad de las bonificaciones por cuidado de hijos en conexión con las reducciones de jornada por el mismo motivo del ET (art. 30 LETA)<sup>44</sup>, mejora en las bonificaciones en caso de descanso por mater-

41 Bruselas, 2.7.2008. COM(2008) 412 final y Bruselas, 9.1.2013 COM(2012) 795 final, respectivamente.

42 FERRANDO GARCÍA, F., "Igualdad y conciliación de la vida familiar y la actividad profesional de los trabajadores y trabajadoras autónomas...", *op. cit.*, p. 35.

43 Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social y Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

44 Se trata de la bonificación por la contratación por cuenta ajena (a tiempo completo o parcial) para sustituir a trabajadores/as autónomas que tienen a su cargo hijos o familiares dependientes o con discapacidad. La bonificación será del 100% de la cuota de autónomos por contingencias comunes, resultante de aplicar a la base media que tuviera

nidad, paternidad, guarda, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (art. 38 LETA)<sup>45</sup> y bonificación en la cotización para las trabajadoras que se reincorporen a su actividad profesional tras la maternidad, adopción, guarda acogimiento o tutela (art. 38 bis LETA)<sup>46</sup>.

Recientemente, en el ámbito más limitado de la contratación pública, la Ley de Contratos del Sector público<sup>47</sup> ha establecido que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, entre los que el órgano de contratación podría incluir aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato, entre los que el apartado 2 cita *«los planes de igualdad de género que se apliquen en la*

---

el trabajador/a en los 12 meses anteriores a la fecha en que se acoja a la medida, el tipo de cotización al RETA vigente. Para tener acceso a la bonificación se exige expresamente que el autónomo/a carezca de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los 12 meses anteriores a la misma.

45 La Ley 31/2015 exigía la contratación de una persona desempleada mediante contrato de interinidad bonificado del RD Ley 11/1998, de 4 de septiembre para poder acceder a la bonificación. Además, se exigía la coincidencia de la contratación del interino desempleado y la suspensión de la actividad por aquellas causas con el límite máximo del periodo de suspensión.

La eliminación de estas exigencias es coherente con la normativa aplicable a estos permisos que permite su disfrute sin la contratación de sustitutos. Lo que se exige es presentar ante la Entidad Gestora una declaración de la situación de actividad, sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sea titular o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada (Resolución INSS 4.2.2004).

46 La cuota queda fijada en la cuantía de 50€ mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia, o bien, en el caso de que optasen por una base de cotización superior a la que se acaba de indicar, podrá aplicarse durante aquel periodo una bonificación del 80% sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el correspondiente régimen especial, el tipo mínimo de cotización vigente, incluida la incapacidad temporal.

Con ello se rescuita la bonificación prevista en la DA 65ª Ley 30/2005, de 29 de diciembre (PGE 2006), para las trabajadoras que se reincorporan a su actividad profesional después de la maternidad, que había sido suprimida por el RD Ley 20/2012, de 30 de julio.

47 Ley 9/2017, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

*ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres, el fomento de la contratación femenina, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar»* (art. 145.1). Junto a ello, el art. 202.2 vuelve a referirlo entre las consideraciones de tipo social o relativas al empleo que pueden incluirse en el pliego de condiciones recordando, además, en el apartado 4 que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo. Así, de incluirse en la licitación condiciones especiales de ejecución relacionadas con la conciliación, las mismas deberán aplicarse a los autónomos/as que formen parte de la cadena de subcontratación<sup>48</sup>.

Volviendo ahora al planteamiento general, en algunos extremos la prohibición de discriminación por razón de sexo y el reconocimiento del derecho individual del autónomo a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar resulta ciertamente cuestionada. Tal es el caso de la posible extinción del contrato de autónomo TRADE por el cliente con causa justificada en supuestos de interrupción de la actividad por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural cuando aquella interrupción ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de la actividad (art. 16.3 LETA)<sup>49</sup>. Ello implica una clara opción legal en favor del interés empresarial abandonando la lógica protectora del contratante débil al hacer caer en el TRADE los efectos jurídicos de estas situaciones. La Ley 31/2015 incorpora, no obstante, cierta corrección en esta regla al impedir, en los supuestos de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la extinción justificada del cliente cuando el TRADE mantenga su actividad mediante la contratación de un trabajador que le sustituya en los términos del art. 11.2.a LETA. Fuera quedan los supuestos en los que no se contrate sustituto o aquellos de reducción de la actividad por cuidado de hijos o familiar dependiente o discapacitado a cargo

---

48 FERRANDO GARCÍA, F., “Igualdad y conciliación de la vida familiar y la actividad profesional de los trabajadores y trabajadoras autónomas...”, *op. cit.*, ps. 46-47.

49 Habrá de tratarse en todo caso, como ya ha precisado la doctrina, de una situación probada por el cliente, de cierta entidad, consistencia y duración que le provoque perjuicios de indiscutible envergadura y no simples problemas organizativos que requieran una distribución puntual del trabajo o un mero retardo en la ejecución pero que no ocasione excesivos daños en el desarrollo de la actividad productiva (SOLER ARREBOLA, J.A. *La contratación del trabajador autónomo económicamente dependiente. Régimen jurídico en un entorno de descentralización productiva*, Ed. Comares, Granada, 2013, p. 153).

que podrían legitimar también la contratación por el TRADE de un sustituto sin perder la condición de tal (arts.11.2. a] LETA) pero sobre los que nada dice la ley en materia resolutoria. Una interpretación literal *sensu contrario* de la norma podría dar lugar a la desprotección de estos autónomos dependientes que carece de todo sentido, que afecta a derechos constitucionales y legales<sup>50</sup> y que debería haber quedado incluida entre las excepciones del art. 16.3 párr. 3 LETA (extinción no justificada con indemnización)<sup>51</sup>.

No se recoge, tampoco, excepción a la posibilidad de extinguir el contrato del TRADE por causa justificada en caso de IT cuando la interrupción de la actividad ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de la actividad del cliente (art. 16.3 párr. 2] LETA) pese al reconocimiento en la ley del derecho a la seguridad y salud del autónomo.

### 3.2. Seguridad y salud (prevención y reparación)

Son muchas las críticas que se hacen al limitado derecho a la seguridad y salud de los trabajadores autónomos<sup>52</sup> y ello desde las ópticas prevencionista y reparadora (carencias en materia de protección frente a contingencias profesionales y comunes). Las condiciones de seguridad y salud en el trabajo influyen también en la configuración de un trabajo autónomo decente. Para

---

50 En la medida en que, mayoritariamente, estos derechos de conciliación son ejercidos por las mujeres autónomas, el planteamiento legal implica una vulneración de la no discriminación por razón de sexo que se proyecta sobre empleo asalariado y sobre empleo autónomo. Así lo recuerda expresamente el art. 5 LO 3/2007, norma a la que remite el art. 6.5 LETA.

51 En los casos de extinción no justificada del contrato con indemnización, al no aplicarse aquí la tutela de la extinción del contrato con vulneración de derechos fundamentales propia de los asalariados, la doctrina ya ha apuntado como posible solución el incremento de la cuantía indemnizatoria en base a la vulneración de aquéllos a valorar por el juez (MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo”, Relaciones Laborales, nº 2, 2007, p. 1171).

52 Sobre las deficiencias del modelo, *vid.*, VALDÉS ALONSO, A., “La prevención de riesgos laborales del trabajador autónomo: una revisión crítica de su regulación jurídica”, Documentación Laboral, nº 93, 2011, OLARTE ENCABO, S., *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, Ed. Comares, Granada, 2009, MARTÍNEZ BARRERO, M.R., *Protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2006 y GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos”, Temas Laborales, nº 81, 2005.

autores como EGGER y SENGENDERGER, cuestiones como la jornada laboral y los descansos de los trabajadores por cuenta propia deberían ser conformes a prácticas justas y aceptables compatibles con las necesidades sociales y familiares a lo que ha de unirse una intensidad de trabajo no excesiva a fin de evitar estrés. La necesidad de adaptarse a los intereses y demandas de los clientes condiciona la jornada de los autónomos, planteándose la paradoja de que quienes en teoría gozan de mayor autonomía y capacidad para autogestionar su actividad, realizan largas jornadas de trabajo que afectan a su seguridad y salud en el trabajo pero también –conectado con lo visto en el epígrafe anterior- a la protección de la familia y de los hijos y son un serio obstáculo al acceso y mantenimiento de la mujer en el trabajo por cuenta propia<sup>53</sup>. Entre los diversos grupos de trabajadores por cuenta propia los etiquetados como pequeños comerciantes y autónomos agrícolas, presentan los niveles más bajos de calidad en su tiempo de trabajo en buena medida por su dilatada semana de trabajo junto con bajos niveles de salud y bienestar en el empleo<sup>54</sup>. Junto a ello, en el entorno físico del desarrollo del trabajo por cuenta propia habrían de evitarse condiciones extremas (de calor, ruido, carga, polvo...), debiendo contemplarse normas de seguridad dirigidas a la prevención de accidentes del trabajo, de lesiones laborales y de enfermedades ocupacionales<sup>55</sup>.

Como ya afirmara SUPLOT a finales de la década de los noventa, la necesidad de protección de la seguridad e higiene en el trabajo es común del trabajo asalariado y del trabajo autónomo, «*por ser propia de toda ocupación*»<sup>56</sup>. Sin embargo, no podemos hablar de la existencia de un auténtico derecho a la seguridad y salud del trabajador autónomo. El derecho-deber de estos trabajadores por cuenta propia a su seguridad y salud tiene un alcance y contenido

---

53 FERRANDO GARCÍA, aludirá en este contexto a la consecución de una jornada compatible con la vida familiar como una asignatura pendiente en la regulación del trabajo autónomo (“Igualdad y conciliación de la vida familiar y la actividad profesional de los trabajadores y trabajadoras autónomas..., *op. cit.*, p. 44).

54 EUROFOUND, *Exploring self-employment in the European Union*, p. 61.

55 *Problemas y políticas del trabajo decente*, Boletín CINTERFOR, nº 151, 2001, p. 31.

56 “Transformaciones del trabajo y porvenir del Derecho laboral en Europa”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, nº 1, 1999, p. 41.

Desde la Unión Europea también se evidencia la necesidad de emprender acciones normativas en la materia. En esta línea, *Recomendación 2003/134/CE, de 18 de febrero, relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos*, texto no vinculante, sin embargo (*soft law*).

poco claro jurídicamente más allá de la autoprotección; la ley se limita a la imposición de una serie de obligaciones, lejos de perfilar un derecho subjetivo exigible. El modelo, francamente deficiente, no arranca de la ley de autónomos (LETA 2007) sino de la LPRL (Ley 31/1995) cuya art. 3 establece que la norma y sus reglamentos de desarrollo serán de aplicación a los trabajadores autónomos en relación a los derechos y obligaciones en materia preventiva que de la propia ley puedan derivarse. La ambigüedad de este precepto ha llevado a considerar que los autónomos quedan excluidos de la LPRL ante la ausencia de una contraparte contractual pese a la coincidencia en la exposición al riesgo profesional<sup>57</sup>. No obstante, la LETA recoge entre los derechos individuales en el ejercicio de su actividad profesional, el derecho de los autónomos a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo (art. 4.3.e)]<sup>58</sup> y hace un tratamiento específico (y reducido) de la prevención de riesgos laborales del trabajador por cuenta propia en el art. 8. Ahora bien, este precepto se limita, en buena medida, a sistematizar normas ya existentes en el ordenamiento jurídico y a replicar un modelo ya existente. Las obligaciones allí recogidas tienen como destinatarios esenciales a las Administraciones Públicas y a las empresas clientes, al margen de los deberes de cooperación, información e instrucción del propio autónomo en los términos del art. 24 de la LPRL y del reconocimiento expreso del derecho del trabajador autónomo a interrumpir su actividad y a abandonar el lugar de trabajo en supuestos de riesgo grave e inminente para su vida o salud.

La LETA de 2007 podría haber delimitado el derecho a la seguridad y salud del trabajador autónomo común y haber establecido una protección específica para el TRADE. En este segundo caso, la dependencia económica y la presencia de un cliente podrían condicionar su capacidad decisoria y sus posibilidades de autotutela<sup>59</sup>. Tampoco lo han hecho las leyes de reforma del trabajo autónomo de 2015 y de 2017<sup>60</sup> siendo de todo punto necesario emprender nuevas acciones normativas en la materia.

---

57 En este sentido, MARTÍNEZ BARROSO y OLARTE ENCABO (*Protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos*, op. cit., p. 22 y *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, op. cit., p. 47, respectivamente).

58 En este deficitario diseño con numerosas carencias, no hay previsión alguna relativa a la vigilancia de la salud.

59 En este sentido, IGARTUA MIRÓ, T., “La deficitaria tutela de la seguridad y salud en el trabajo del TRADE. Viejos y nuevos problemas tras la Ley 31/2015, 9 de septiembre”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 398, 2016, ps. 49 y 52.

60 Ley 31/2015 y Ley 6/2017.

Desde la perspectiva reparadora, es unánime para la UE la necesidad de incrementar la protección social de los autoempleados careciendo, en este contexto, muchos Estados miembros de cobertura frente a los accidentes y enfermedades en el trabajo. Buena prueba de ello es la iniciativa de la Comisión Europea dirigida al establecimiento del Pilar europeo de Derecho Sociales entre cuyos objetivos ser recoge la mejora de la protección social para todos con independencia de sus status de empleo (asalariado o por cuenta propia)<sup>61</sup>, en línea con las ideas que venimos manteniendo en este trabajo.

En España, aun existiendo protección por riesgos profesionales del autónomo, la realidad de la misma se difumina ante el carácter voluntario del aseguramiento, salvo para los TRADE (arts. 316 y 317 LGSS, respectivamente). La reforma operada por la Ley 6/2017 corrige un déficit preexistente y extiende al RETA, el accidente *in itinere* que existe en el Régimen general. Varias consideraciones al efecto. El concepto de accidente de trabajo es más restrictivo en el régimen especial pues se exige que se demuestre que el accidente se ha ocasionado como consecuencia directa e inmediata del trabajo que determina la inclusión en el RETA. Por otra parte, el accidente *in itinere* ya estaba reconocido para los TRADE (art. 317 LGSS) y, para el resto de autónomos, la nueva medida sólo va a ser aplicable para quienes tengan suscrita la cobertura de las contingencias profesionales, no obligatoria y concertada por un porcentaje minoritario de autónomos. Ahora bien, si no estuviera suscrita la cobertura de contingencias profesionales, el accidente *in itinere* y el accidente de trabajo, en general, no dejan de estar protegidos, pero como contingencias comunes. Además, cuando coincida el domicilio del trabajador por cuenta propia con su lugar de actividad, queda excluido el concepto de accidente *in itinere* (art. 316.2 párr. segundo LGSS) pero no el de accidente de trabajo (si el autónomo tuviera la cobertura de contingencias profesionales) pero para ello tendrá que demostrar que el accidente ocurrido en el propio domicilio y sede de actividad se produjo, como dijimos, como consecuencia directa e inmediata de la misma<sup>62</sup>.

---

61 [https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles\\_es](https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es)

62 ALFONSO MELLADO, C., FABREGAT MONFORT. G., PARDO GABALÓN, R., “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo: medidas laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 80, 2017, p. 45.



En materia de riesgos comunes, sí es obligatorio el aseguramiento pero aquí el déficit viene por las dificultades reales de los trabajadores autónomos de situarse en situación de baja (=no ingresos) y, a la vez, aportar la cuota al RETA. Los trabajadores por cuenta propia cotizan obligatoriamente por contingencias comunes pero después pocos se benefician de la protección del sistema, porque en la gran mayoría de los casos no pueden permitírselo o, si lo hacen, en menor tiempo del que sus necesidades de salud exigirían. Ello, además, conduce a una situación profundamente injusta, se recauda mucho pero se gasta poco, aun cuando objetivamente, habría necesidad de hacerlo<sup>63</sup>. En la práctica, la renta disponible mensual del autónomo de baja que tiene que abonar la cotización como si estuviera en situación de alta, se reduce significativamente<sup>64</sup>. No puede perderse de vista, en este contexto, que la protección social que incluye el trabajo decente exige que se proteja a sus ciudadanos de diversos riesgos y vulnerabilidades y les permita mantener su bienestar y aumentar su capacidad para hacer frente a los riesgos<sup>65</sup>.

En el marco actual de reforma de este régimen especial<sup>66</sup> se pide la bonificación del 100% de la cuota para los periodos de IT por contingencias comunes; extremo éste actualmente objeto de estudio por el Gobierno.

---

63 Según datos de UPTA (Unión de Profesionales y Trabajadores autónomos), en 2017, la Seguridad Social recaudó casi 1100 millones por estas cotizaciones pero apenas empleó 720 millones para abonar las prestaciones de IT durante las bajas de los autónomos por contingencias comunes.

64 La prestación media que perciben los trabajadores en baja temporal es de 550 € y la cuota mínima de autónomos (sin tarifa plana) alcanza los 275 €. La renta media disponible será, así, de algo más de 270 (275 €) (UPTA)

65 OIT, *Formación para el trabajo decente*, CINTERFOR/OIT, *op. cit.*, p. 28.

66 La anunciada reforma del RETA que preveía la Ley 6/2017 en 6 meses, se dilata ante la petición de prórroga de la Comisión de Empleo y Seguridad Social. Así, concedida aquélla por el Congreso de los diputados (14.12.2017), la Subcomisión para el estudio de la reforma de este régimen especial no emitirá su informe, en principio, hasta finales de 2018 (y ello sin olvidar, además, el complicado panorama político presente). Todo esto se concretará en más retraso en las reformas del RETA que para la Ley de 2017, era necesario abordar: estudio del concepto de habitualidad a efectos de su inclusión en este régimen especial (prestando especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen el SMI en cómputo anual), sistema de cotización a tiempo parcial de trabajadores por cuenta propia (para las actividades y colectivos que se consideren y, en todo caso, vinculado a periodos concretos de su vida laboral) y jubilación parcial (DA 4ª, 5ª y 6 Ley 6/2017, respectivamente).



### 3.3. Protección social: la rigidez y flexibilidad del modelo

Como venimos indicando, un adecuado nivel de protección social se perfila como eje fundamental del trabajo decente, en el trabajo asalariado y en el trabajo autónomo. Para los trabajadores por cuenta propia, sin embargo, el modelo de cotización al RETA, que es flexible y rígido a la vez, dificulta su efectiva protección.

Pese a las modificaciones incorporadas en el RETA en los últimos años y pese a contar con una regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo (LETA) -lo que sitúa a nuestro modelo, según las instituciones comunitarias, entre los más garantistas de la UE- existen elementos en el sistema que, ciertamente, alejan al trabajo autónomo del trabajo decente con protección social adecuada e incorporan márgenes de precariedad manifiesta<sup>67</sup>. En buena medida, las críticas al sistema vienen motivadas, de un lado, por la necesidad de establecer unas mismas reglas para un colectivo extraordinariamente heterogéneo y, de otro, por la realidad de que el trabajador autónomo asume de manera directa y exclusiva el coste de la protección. La contributividad al sistema es concebida por éste de manera más personalizada e individualizada, a diferencia del valor colectivo del esquema contributivo de la Seguridad Social que perciben los asalariados. Ante las distintas opciones que permite el modelo del RETA, el trabajador por cuenta propia adoptará las oportunas decisiones de protección previo análisis de costes y de la relación gasto/beneficio obtenido.

La aludida rigidez y flexibilidad del sistema de protección social del trabajador autónomo se aprecia significativamente en materia de financiación, esto es, en la relación de cotización. El sistema de cotización al RETA deja un amplio margen al trabajador autónomo para dar cumplimiento a su obligación de cotizar: elección de la base de cotización entre la mínima y la máxima vigente hasta determinada edad -en que existe un tope de cotización-. Ahora bien, el trabajador por cuenta propia ha de asumir unas cargas sociales fijas aunque sus ingresos sean variables en el tiempo y, por otro lado, los autónomos con ingresos medio/altos podrían relajar su esfuerzo contributivo optando por una cotización inferior a su nivel de rentas<sup>68</sup>. La baja cotización es una

67 Vid., *in extenso*, BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.

68 HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “La opción por el trabajo autónomo: ¿una alternativa real frente al desempleo protegida de forma adecuada?”, en AA.VV. (dirs, F.J. Calvo

situación prácticamente generalizada, con datos de 2017, en torno al 80% de trabajadores autónomos cotiza por la base mínima.

El modelo es aparentemente flexible por lo expuesto pero al no estar vinculadas cotizaciones a ingresos reales ni permitirse la cotización parcial, deviene rígido y ello obstaculiza ciertamente la puesta en marcha de proyectos de emprendimiento y la generación de empleo autónomo. Algunas modificaciones se han incorporado ya de cara a su flexibilización (Ley 6/2017): la posibilidad de llevar a cabo hasta tres altas dentro de cada año natural con efectos desde el día en que concurran en la persona interesada los requisitos y condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación del RETA<sup>69</sup>, la posibilidad de poder modificar la base de cotización hasta 4 veces al año (antes 2) optando por otra dentro de los límites mínimo y máximo aplicables en cada ejercicio y la ampliación de la tarifa plana de cotización de 50 € (de 6 a 12 meses) en favor de nuevos autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado de alta en los dos años inmediatamente anteriores (antes cinco)<sup>70</sup>. El modelo de beneficios en la cotización del trabajador autónomo sigue descansando, básicamente, en el sistema de reducciones en las cuotas (con cargo a la Seguridad Social) y no en el de bonificaciones (con cargo al SEPE) repercutiendo negativamente en las finanzas de aquélla (tendencia ésta que, sin embargo, podría corregirse en el futuro). La referida tarifa plana y, en general, los beneficios en cotización se quedan cortos, aun cuando se proyectan, ciertamente, sobre el período más crítico (primeros 2-3 años) y, en su caso, sobre los colectivos que requieren mayor protección. Ello acompañando de la alta cuota fija que no admite fraccionamiento, parcialidad<sup>71</sup>, produce

---

Gallego, R. Gómez-Álvarez Díaz), *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, Ed. Laborum, Murcia, 2017, p. 389.

69 De esta forma se realiza un pago proporcional a la cuota desde la fecha de alta y no la mensualidad completa, como ocurría hasta ahora.

70 Si se elige la base mínima. Además, estos trabajadores autónomos cuando optaran por una base de cotización superior a la mínima que les corresponda, pueden beneficiarse durante los primeros 12 meses a partir del alta de una reducción equivalente al 80% de aplicar el tipo mínimo de cotización a la base mínima de contingencias comunes. En los 12 meses siguientes, en uno y otro caso, podrían beneficiarse (completando un periodo de 24 meses -18 en la regulación anterior- y calculado de la forma que se ha indicado) de reducciones del 50% (6 meses) y del 30% (3 meses) y de bonificaciones del 30% (otros 3 meses).

71 Para el año 2018 para la base mínima, incluida la incapacidad temporal y la cobertura para riesgo durante el embarazo y lactancia, la cuota de autónomos sería el 29,9%

unos efectos perversos, unas veces dando entrada a prácticas fraudulentas<sup>72</sup>, otras, expulsando, sin más, a los autoempleados del sistema. Así, el trabajo autónomo de bajos ingresos puede estar basculando entre la no contribución al sistema al permanecer al margen de la economía formal o la aportación en grado mínimo<sup>73</sup>. Aquella situación de economía informal, que afecta en un porcentaje significativo a mujeres (autoempleadas, pequeñas empresas)<sup>74</sup>, se aparta del trabajo decente y de las acciones emprendidas por la OIT de cara a facilitar el tránsito de la economía informal a la formal<sup>75</sup>.

En la actualidad tales debilidades se potencian pues el auge del trabajo autónomo en los nuevos modelos organizativos y las posibilidades que abre el trabajo por cuenta propia flexible --en muchos casos a través de plataformas digitales--<sup>76</sup> exigen nuevos planteamientos en materia de protección social. La habitualidad como requisito para la inclusión en el campo de aplicación del RETA ha de ser objeto de replanteamiento, no siendo adecuada ya la fijación judicial actual del quantum retributivo (SMI)<sup>77</sup>. Sería necesario estable-

---

de 919,8 €, esto es, 275 € mensuales. A esta cantidad alta hay que sumar también que la cotización debe efectuarse por meses completos --salvo las excepciones referidas *supra*-- con independencia de los días en que se hayan prestado servicios en ese periodo. Se da la circunstancia, además, de que la base de cotización mínima del RETA es más alta que la mínima del Régimen general.

72 V gr. Tramitando el encuadramiento sólo determinados meses del año y concentrando en esos meses las facturas correspondientes a todo el período anterior, integración en cooperativas de facturación... (*vid. infra*. 5).

73 FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., "Trabajo autónomo precario: una indagación sobre sus causas...", *op. cit.*, p. 115.

74 OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Informe VI, presentado en la 98ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_106175.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_106175.pdf)

75 Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal. 2015 (OIT. *Resolución sobre el avance de la justicia social mediante el trabajo decente. Evaluación del impacto de la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una globalización equitativa y conclusiones de la acción futura*. Junio 2016.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_498376.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_498376.pdf).

76 *Vid., infra*, 4.

77 Las dificultades que plantea la concreción del quantum mínimo en términos de tiempo ha motivado que los tribunales se decanten por mínimos salariales (SSTS 29.10.1997, 14.2.2002 y 20.3.2007 [Rº 406/1997, Rº 1349/2001 y Rº 5006/2005, respec-

cer líneas divisorias entre el trabajo autónomo realmente marginal o residual excluido del sistema y aquella otra actividad por cuenta propia que pese a no desarrollarse por jornadas completas, observe la nota de la habitualidad (autónomos flexibles). Esto es, cuando hay una dedicación continuada a la actividad por cuenta propia pero se perciben bajos ingresos. El nuevo diseño en materia de cotización al RETA habría de concretarse en la cotización a tiempo parcial (pendiente de ordenación normativa desde la Ley 27/2011), estrechamente conectada con la nota de la habitualidad en la medida en que la definición de los supuestos y conforme a qué condiciones el trabajo autónomo a tiempo parcial quedaría incluido en el RETA, resultaría fundamental a efectos de clarificar el moderno concepto de aquélla<sup>78</sup>. Como complementaria a la cotización a tiempo parcial habría de diseñarse un modelo de cotización en función del volumen real de ingresos del trabajador por cuenta propia<sup>79</sup>. De esta forma, se adaptaría el pago de cuotas a la evolución de los beneficios que arroje la actividad<sup>80</sup> y se corregirían parte de las distorsiones del modelo actual.

No se escapa la complejidad burocrática de este sistema frente al de bases fijas al margen de ingresos reales que simplifica trámites y minimiza el riesgo de fraude. Sin embargo, el modelo de cotización al RETA en función de ingresos que incluya la cotización a tiempo parcial aun presentando dificultades en el contexto de autonomía, flexibilidad y libertad en que se desarrolla el traba-

---

tivamente]). Ahora bien, esta doctrina judicial sólo será aplicable cuando exista dificultad para comprobar la dedicación temporal del trabajador y, además, ello no significa que una vez acreditada la percepción del SMI debamos sin más dar de alta al trabajador en el Régimen especial sino que habrá que acudir a más datos que permitan concluir que es precedente o no el alta en el RETA (BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social...*, *op. cit.*, p. 67).

78 Se apuntan como criterios que habrían de tenerse en cuenta, la pertenencia a colegios profesionales, la posesión de locales, despachos u oficinas abiertas al público (ALFONSO MELLADO, C., FABREGAT MONFORT, G., PARDO GABALÓN, R., “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo...”, *op. cit.*, p. 52).

79 En esta línea también, DESDENTADO BONETE, A., TEJERINA ALONSO, J.I., *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 66, CERVILLA GARZÓN, M.J. “Revisión de la habitualidad exigida a los trabajadores autónomos a la luz de su Estatuto y resoluciones judiciales”, *Actualidad Laboral*, nº 16, 2011.

80 Este modelo de cotización basado en los rendimientos de la actividad realizada por cuenta propia ya se aplica en otros países de la UE como Bélgica, Francia, Italia o Reino Unido (EUROFOUND, *Exploring self-employment in the European Union*, *cit.*, ps. 51-54).

jo autónomo, es más equitativo y no precisa de beneficios a la cotización para los casos de bajos ingresos (o los reconduce sólo a limitados supuestos)<sup>81</sup>. Diversas fórmulas se han apuntado ya a efectos de viabilizar el necesario control. Así, se propone la posibilidad de partir de un reconocimiento o declaración de jornada de prestación de servicios ante la TGSS en el momento del alta<sup>82</sup> (a efectos de la cotización a tiempo parcial), la determinación de los ingresos reales a partir de los rendimientos de actividad declarados a efectos tributarios (IRPF del año anterior)<sup>83</sup> e incluso se propone la conformación, dentro del RETA, de un sistema especial para trabajadores autónomos con actividades intermitentes, esporádicas (incluido el desarrollado a través de plataformas on-line). Este sistema especial podría incluir la posibilidad de que el trabajador autónomo, trimestralmente –como las liquidaciones tributarias- declarara los días de alta y efectuara sus cotizaciones en función de los días trabajados y de los importes facturados por los servicios prestados<sup>84</sup>.

En cualquier caso, en el modelo actual, la no cotización por ingresos reales, perjudica al autónomo de bajos ingresos o en fase inicial y beneficia al de altos ingresos al que le resultará muy asequible cotizar por bases bajas y complementar su esquema protector con previsión privada (fondos de pensiones, seguros de vida-ahorro, fondos de inversión). Tal opción, que no es rentable ni deseable para el sistema al debilitar sus recursos (infracotización)<sup>85</sup>, se ve acompañada de la realidad de que la ventaja para el trabajador autónomo de decidir la cuantía de la base de cotización le genera inconvenientes de cara al

---

81 *Vid., infra*, 5.

82 LOPEZ ANIORTE, “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la habitualidad al reconocimiento del trabajador autónomo a tiempo parcial”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2013, 22.

83 CERVILLA GARZÓN, M.J., “La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos”, *Temas Laborales*, nº 81, 2005, p. 262.

84 HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “Nuevos modelos de cooperativas de trabajadores autónomos: un análisis de las cooperativas de impulso empresarial y de las cooperativas de facturación”, en AA.VV., [dirs., M. Rodríguez-Piñero Royo, M Hernández Bejarano], *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 184.

85 Esta situación de infracotización provoca que el Estado tenga que asumir parte de la protección social de los trabajadores por cuenta propia vía complementos por mínimos. Con datos del MEYSS (2017), alrededor de 4 de cada 10 autónomos jubilados no se financian la pensión que reciben con lo que han aportado (en el Régimen General 20%) (*Datos estadísticos 2017. Pensiones en vigor con complemento a mínimos por clases y regímenes*).

nivel de protección resultante<sup>86</sup> y puede conducirle a auténticas situaciones de vulnerabilidad económica futura<sup>87</sup>.

En los últimos meses, en el contexto de la reforma del RETA y de los trabajos de la Subcomisión para su estudio, el modelo de cotización en base a ingresos reales está cobrando fuerza y cuenta con el apoyo del Ministerio de Empleo y de las asociaciones profesionales de autónomos. Se asume que ello supondrá que la mayoría de los autónomos (en torno al 70%) pague más de lo que paga actualmente pero el nuevo modelo será más equitativo y justo y servirá para solventar la situación de aquellos trabajadores con menores ingresos que tienen dificultades para siquiera atender la cotización mínima actual. La reforma que proponen las asociaciones UPTA y ATA (tras superar discrepancias anteriores) se centra en una cotización por tramos (5) con una cuota de 50 € para autónomos con ingresos inferiores al SMI. Los cinco tramos se establecen en función del beneficio neto del autónomo, esto es, los ingresos que le quedan al trabajador por cuenta propia una vez liquidados gastos, impuestos y otros conceptos derivados de la actividad. UATAE, por su parte, también ha presentado al Ministerio de Empleo su proyecto técnico de cotización por ingresos que contempla ocho tramos de cotización desde ingresos inferiores a 12000 €/año hasta los 45000 €/año. En caso de ingresos menores de 12000 €/año se cotizaría por la base mínima pero con una reducción en cuota del 50%. Obsérvese que en este caso la cuota mínima sería más del doble de la propuesta por las primeras asociaciones para ingresos inferiores al SMI anual (137.5 € frente a 50 €).

Centrando ya las reflexiones en la acción protectora, en los últimos años se han emprendido reformas dirigidas a reducir la brecha en materia de protección social entre asalariados y trabajadores por cuenta propia: a) introducción de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional en el ámbito protector del régimen especial, si bien con carácter voluntario (salvo los TRADE, obligatoria) y con algunas diferencias llamativas todavía, b) equiparación plena e íntegra de la prestación de maternidad en el RETA y en el Régimen general trasladando el régimen jurídico contemplado en el

---

86 Según datos de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (febrero 2018), la pensión media de jubilación de los afiliados al RETA es de 718,75 € mensuales mientras que la de los afiliados al Régimen General es 1.222,04 €. Esta brecha coincide con la que existe en las bases medias de cotización de ambos regímenes.

87 Con datos de UATAE (Unión de Autónomos), en 2017, el 84% de los pensionistas autónomos cobra menos de 800 €/mes y la pensión más común se sitúa entre 600 y 650 €/mes, por debajo del SMI (735,9 €, 2018). El segundo tramo, hasta los 1000 €/mes representa sólo el 6,6%.

ET y c) tendencia hacia a la equiparación (más bien, acercamiento –el matiz es nuestro-) en la protección de trabajadores autónomos y trabajadores por cuenta ajena respecto a la contingencia de desempleo, a través de la creación de la prestación por cese de actividad<sup>88</sup>. Pese a ello, muchos autónomos siguen percibiendo su contribución al sistema como especialmente alta y gravosa conectando coste-beneficio [prestaciones] (*frustración del cotizante* al RETA).

En cualquier caso, en materia de prestaciones, el modelo es más flexible que rígido ofreciendo al autónomo una auténtica carta o menú de Seguridad Social que le permite decidir no cotizar o sí cotizar y estar protegido por accidente de trabajo y enfermedad profesional, por cese de actividad. Este diseño flexible que beneficia al autónomo en particular está perjudicando al sistema en general y, de cara al reforzamiento del RETA como régimen de protección social cuya importancia es y será clave en un futuro para dignificar y hacer decente el trabajo de un significativo volumen de población, habría que replantear el margen de opcionalidad y voluntariedad del sistema en el quantum que se aporte y en el grado de protección (prestaciones incluidas). Singular resulta en el marco de estas reflexiones, la protección del sistema dispensada al trabajador autónomo por cese de actividad. Pese a haber sido fuertemente reivindicada por los colectivos afectados, cierto es que pocos trabajadores autónomos se acogen a su cobertura y, además, (especialmente con carácter previo a la reforma operada en 2014<sup>89</sup> que clarificó las situaciones legales de cese de actividad) de los que la solicitan por sí tenerla cubierta, pocos tienen finalmente acceso a la prestación (sólo un 30,63 %, prestaciones concedidas por las mutuas en 2014).

Aun cuando la situación mejora algo tras la reforma normativa referida (41,62% de solicitudes concedidas en 2015) sigue siendo muy baja la protección ante la situación de necesidad de falta de trabajo y falta de ingresos de los autónomos por cese de actividad. Con datos de 2017, el 87% de los ingresos de la prestación por cese de actividad no revierte en protección social para los autónomos. El gasto efectivo es de apenas un 13%, lo que representa un su-

---

88 BLASCO LAHOZ, F., “La racionalización del sistema de seguridad social y la convergencia de la acción protectora del RETA y del RGSS”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2011, BIB 2011/760, ps. 10 y ss.

89 Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el régimen jurídico de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.



perávit de más de 126 millones de euros<sup>90</sup>. La propia LETA en su art. 23 copia el mandato contenido en el art. 41 CE de la necesaria acción de los poderes públicos para garantizar asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Sin embargo, ello está lejos de conseguirse muy especialmente ante el cese de la actividad básicamente por dos razones. De un lado, la norma diseña un modelo *a la defensiva* ante el miedo al gasto excesivo por posibles fraudes y por eso se endurecen muchos extremos (requisitos de acceso, corta duración de la prestación y de baja cuantía...) lo que aleja el objetivo protector propio del Sistema de Seguridad Social ante el fracaso de experiencias de emprendimiento y autoempleo. Junto a ello, la cobertura voluntaria del cese de actividad se acerca más a la lógica del seguro privado y ello resulta incoherente de cara a la pretendida equiparación, ante esta misma contingencia de la pérdida de empleo, con los trabajadores asalariados<sup>91</sup>.

En definitiva, es evidente que la limitación de la opcionalidad contribuiría de forma clara a la solidaridad del Régimen especial al permitir destinar recursos de autónomos con rentas altas que hoy se derivan a la previsión privada a fortalecer financieramente el sistema y a reforzar la acción protectora. Ahora bien, el ensanchamiento del ámbito prestacional (y su acercamiento al ideal de cobertura, Régimen General) supondrá, en ocasiones, incremento de cuotas, algo frente a lo que se muestran reacios muchos autónomos pero que supondrá un ejercicio de responsabilidad para completar una reforma del régimen especial que sea capaz de aunar justicia contributiva y autofinanciación del sistema.

#### 4. Un ámbito de desprotección inesperado: *platform work* autónomo

Los trabajadores autónomos son agentes claves en el mercado laboral di-

---

<sup>90</sup> SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Informe Económico financiero de la Seguridad Social*. 2017.

<sup>91</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “La inacabada protección por cese de actividad” en AA.VV., (dirs. J.L., Monereo Pérez, F. Vila Tierno), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Ed. Comares, Granada, 2017, ps. 584-585. El autor apunta, como propuesta, el diseño de vías de comunicación entre las aportaciones o cotizaciones por desempleo y las cotizaciones por cese de actividad articulando un sistema de cómputo recíproco de cotizaciones que permita acceder de forma indistinta a alguna de ellas ya que de lo que se trata es de proteger las situaciones de necesidad de las personas sin empleo u ocupación.



gital<sup>92</sup>. No en vano, el binomio trabajo digital a través de plataformas colaborativas-trabajo autónomo (*platform work* autónomo) es ya frecuente pese a que, en ocasiones, puedan localizarse síntomas de subordinación. Ello implica una clara distorsión entre las circunstancias en que el trabajo se presta y el status contractual otorgado a la relación de empleo<sup>93</sup>.

Al margen de tales situaciones de fraude, bien es cierto que el *platform work* brinda, asimismo, oportunidades. En el Informe Mckinsey *Independent work: Choice, necessity, and the gig economy*<sup>94</sup>, tras cuantificar el trabajo independiente en Estados Unidos y la UE (del 20% al 30% de la fuerza de trabajo, 162 millones de personas), se indican algunos beneficios: amortigua-

---

92 PARLAMENTO EUROPEO, *The situation of workers in the collaborative economy*. Octubre 2016. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL\\_IDA\(2016\)587316\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA(2016)587316_EN.pdf)

93 La calificación como laboral o autónoma de la relación de empleo en el *platform work* está siendo objeto de fuerte controversia a nivel doctrina y judicial. La Sentencia JS nº 6 de Valencia del 1.6 (nº 244/2018 de 1 de junio) declara la laboralidad de la relación de empleo del repartidor (*rider*) y condena a la empresa (*Deliveroo*) a pagarle la indemnización por despido improcedente. En el pronunciamiento judicial se recogen como indicios: a) el *rider* está controlado por GPS por la empresa controlando además sus tiempos de reparto, b) la plataforma como medio de producción: la app y la página web son de *Deliveroo* por lo que el *rider* carece de estructura empresarial, c) el precio es fijado por la plataforma *Deliveroo*, d) el *rider* desconoce qué restaurantes están apuntados a la app de *Deliveroo* en cada momento y si hay muchos o pocos pedidos de cada restaurante y e) la ajenidad en la marca: los riders son *cara* de *Deliveroo*. Sin embargo, 3 meses después (19 septiembre 2018) el juzgado de primera instancia número 39 de Madrid declara que los repartidores de *Glovo* no son falsos autónomos y reconoce su independencia, ya que la relación entre ambas partes no presenta las características de una relación laboral. En la sentencia se destaca que el repartidor no tiene jornada ni horario, que él mismo decide cuándo desea trabajar y cuándo no, qué pedidos repartir y cuáles no y la ruta a seguir, sin que la empresa le imponga la clase o el número de pedidos a realizar. Además, afirma, el trabajador puede incluso “*desistir de un servicio previamente aceptado a mitad de ejecución sin sufrir por ella penalización alguna*”. Así, ninguna de estas características son predicables de una relación laboral ordinaria, sino de una relación de trabajo en régimen de autónomo, de TRADE.

Fuera de nuestras fronteras, en Francia, recientes sentencias sostienen que, en el trabajo en plataformas digitales, prima una presunción de mercantilidad (Sentencia 16/12875, de 9.11.2017 [*Deliveroo*], Sentencias 17/03088, de 12.10.2017 y 17/00511, de 20.4.2017 [*Take Eat Easy*], Sentencia 16/11460, de 29.1.2018 [*Uber EATS*]).

94 MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, 2016. <https://www.mckinsey.com/featured-insights/employment-and-growth/independent-work-choice-necessity-and-the-gig-economy>

ción del desempleo, incremento de la tasa de actividad, estímulo de la demanda, incremento de la productividad, mayor disponibilidad de servicios y satisfacción de necesidades para los consumidores, flexibilidad y autonomía para los autoempleados. Ahora bien, también señala el informe que el impulso e importante papel que desempeñará el trabajo independiente en los próximos años habría de ir acompañado de acciones por parte de todas las partes implicadas. Así, el político y legislador habrían de mejorar la captación de datos sobre el trabajo autónomo y su puesta al día y diseñar políticas distintas a las pensadas para el trabajador asalariado de la era industrial en materia de seguridad y salud, por ejemplo. Junto a ello, habrían de proveerse soluciones financieras asequibles para la puesta en marcha de proyectos de autoempleo y programas de reciclaje y formación para permitir a los trabajadores por cuenta propia avanzar en sus carreras profesionales. El trabajador autónomo, por su parte, debería estar preparado para gestionar económicamente los picos y valles de ingresos, para cumplir las obligaciones administrativas y fiscales y para preparar sus medios de subsistencia en el momento de jubilación. En relación a las organizaciones, las iniciativas de emprendimiento requerirán recursos humanos en régimen asalariado y autónomo debiendo garantizar a ambas condiciones de prestación de servicios justas y dignas (éticas)<sup>95</sup>.

Es evidente que el desarrollo de plataformas digitales impulsará en el mercado la demanda y provisión de bienes y servicios y la necesidad de poner en marcha iniciativas de autoempleo para su satisfacción. En este contexto, el trabajo a través de plataformas ofrece también la oportunidad de posicionar a la figura del autónomo como modelo de trabajo competitivo frente a esquemas del pasado (marginalidad, precariedad, fraude –falsos autónomos–). La autonomía y flexibilidad que posibilita puede ser una motivación importante junto a otras como la obtención de ingresos, de experiencia, sobre todo, ante un mercado laboral que ofrece pocas oportunidades de empleo. En esta línea

---

95 No en vano, el 40% de las compañías declaran que esperan recurrir de forma creciente a trabajadores independientes en los próximos cinco años (*Estudio sobre Economía colaborativa en España*. Fundación EY -en consorcio con Adigital-, Fundación Cotec, Fundación de Estudios financieros y Círculo de empresarios. 2017). Como ya se anuncia, será tendencia en el futuro que las plataformas combinen prestación de servicios en régimen asalariado y autónomo (modelos mixtos) dependiendo de las notas o rasgos de la provisión del servicio en cuestión. No obstante, en nuestro sistema jurídico en la actualidad, habría de salvarse el obstáculo de que tal combinación podría ser indiciaria de que la totalidad de los proveedores son dependientes de la plataforma, aunque en realidad sólo la usaran de manera esporádica o fueran proveedores también en otras plataformas.

ha de reseñarse, además, que potenciales trabajadores a los que resulta más difícil acceder al mercado ordinario de trabajo, podrían conseguir empleo en el *platform work* autónomo reduciéndose las posibilidades de discriminación por rasgos como el sexo o la edad. Un ejemplo, Etsy es una comunidad digital de nuevos emprendedores creativos, un mercado para millones de personas alrededor del mundo en el que se venden productos únicos. La comunidad Etsy integraba en 2014, sólo en Estados Unidos, a 4000 emprendedores creativos. Esta plataforma digital *democratiza* el acceso al emprendimiento: 38% son amas de casa, 23% jubilados, 15% estudiantes, 12% desempleados y un 7% enfermos o discapacitados<sup>96</sup>.

A nivel europeo, las instituciones comunitarias constatan también la centralidad del trabajo autónomo en las dos últimas décadas debido a la crisis económica y a la evolución del mercado de trabajo y destacan que en la economía de plataformas, el trabajo por cuenta propia y sus nuevas formas suponen nuevas oportunidades de empleo, carreras profesionales que son cada vez menos lineales y personas que transitan entre diferentes estatutos de trabajo y/o combinan trabajo asalariado con autoempleo. Para el Parlamento europeo es oportuno encuadrar a los actores de la economía colaborativa en el ámbito de regulación del trabajador por cuenta propia completando su régimen y permitiendo que las plataformas desarrollen sus propias políticas de beneficios<sup>97</sup>. Ahora bien, en el Informe *La protección social de los trabajadores en la economía de plataformas* del Parlamento Europeo<sup>98</sup>, se evidencia que la exclusión de los *platforms workers* de una serie de protecciones sociales está estrechamente vinculada al aumento de las personas que trabajan pero que están excluidas de la categoría jurídica de empleados (trabajadores)<sup>99</sup>. En

---

96 [https://extfiles.etsy.com/Press/reports/Etsy\\_NewFaceofCreativeEntrepreneurs-hip\\_2015.pdf](https://extfiles.etsy.com/Press/reports/Etsy_NewFaceofCreativeEntrepreneurs-hip_2015.pdf), p. 12.

En cifras, en España, en 2017 la Economía colaborativa ya tiene un impacto en el PIB del 1.4 % que se duplicará en 2025, siendo el sector servicios, como ya indicamos, el que tiene mayor potencial de crecimiento (*Estudio sobre Economía colaborativa en España, cit.*).

97 *The situation of workers in the collaborative economy*, cit.

98 Informe realizado por investigadores de la Universidad de Leeds a solicitud de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo (UE, noviembre 2017).

[http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL\\_STU%282017%29614184](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL_STU%282017%29614184)

99 En esta misma línea, la Estrategia Europa 2020 subraya que las importantes perspectivas de empleo en las continuas transformaciones estructurales derivadas de la digitalización, la globalización, el envejecimiento de la población y el cambio climático de la

base a ello, se recomienda a la UE, la revisión de los marcos jurídicos vigentes en aras a una cobertura más amplia de las protecciones sociales inclusiva de nuevas variaciones de prestación de servicios que superan las formas tradicionales. El marco de inclusión habría de ampliarse para todas las personas que necesitan protecciones sociales. A ello hay que sumar otra reflexión, aun cuando en algunos países sí existen estas formas de protección social, la relativamente corta duración del tiempo de trabajo o los bajos ingresos conduce a que, en la práctica, estos trabajadores no alcancen los umbrales de renta o de tiempo trabajado requeridos para tener acceso a la protección social<sup>100</sup>.

En España, como acabamos de ver, de presente, el requisito de habitualidad referido (salarial, SMI)<sup>101</sup> opera como mecanismo expulsor de la protección social de buena parte del *platform work* autónomo. Así, el limitado tiempo de dedicación y nivel de ingresos y la no posibilidad de cotizar por ingresos reales o a tiempo parcial, excluye la protección. En muchos casos, estos trabajadores autónomos digitales se ven expulsados materialmente del sistema al no poder hacer frente a aquellos costes sociales y ello es una nueva manifestación de trabajo no decente. Por otra parte, la referida rigidez del sistema de cotización al RETA supone también un obstáculo para la creación de este tipo de empleo flexible en las plataformas digitales (por necesidad o por oportunidad) pues éstas tienden a verificar previamente si sus prestadores de servicios están previamente dados de alta como forma de aminorar los riesgos de laboralidad y otros derivados como la falta de protección.

---

mano del trabajo por cuenta propia y del emprendimiento y la adopción de medidas de promoción del autoempleo como trabajo, deben ir acompañadas de la incorporación de otras dirigidas a la protección social de los trabajadores por cuenta propia.

100 La encuesta de base del Informe realizada a 1200 trabajadores de plataformas constata que el promedio de una semana de trabajo en ellas es de 23 horas, con frecuencia sumadas a otro empleo, con una remuneración media de 6 dólares (USD)/hora. Además, aun cuando la encuesta revela niveles relativamente altos de satisfacción laboral y bienestar emocional entre los trabajadores, ello se ve contrarrestado con una importante falta de autonomía, y por un significativo descontento con la retribución y la seguridad en el empleo. (*La protección social de los trabajadores en la economía de plataformas*. Parlamento Europeo)

101 *Vid., supra* 3.3.

## 5. Espacios para el fraude y trabajo no decente de la mujer: Modelo cooperativo (cooperativas de facturación y cooperativas del sector cárnico) y el uso desviado de la tarifa plana

La potencialidad del emprendimiento y el autoempleo como dinamizadores de riqueza y trabajo no se circunscribe a la dimensión del individual sino que alcanzan también al autoempleo colectivo a través de formas de Economía Social. En este contexto, la propia OIT reconoce a las cooperativas como creadoras de trabajo decente<sup>102</sup>. También desde la Unión Europea se insta a que la Comisión y los Estados miembros promuevan modelos de economía social intercambiando las mejores prácticas en este ámbito, teniendo en cuenta que las empresas sociales han dado prueba de resiliencia en los momentos de crisis económica.

En España, en los últimos años se asiste a una renovación en determinados modelos cooperativos. Frente al modelo asociativo clásico de cooperativa de trabajo asociado o de servicios para proteger de forma colectiva los intereses de los trabajadores autónomos ahora surgen otras figuras cooperativas dirigidas al emprendimiento, la protección de los trabajadores autónomos, la mejora de su productividad y la competitividad, la disminución de costes y la creación de empleo de calidad. A tal efecto, para hacer frente a estas situaciones y necesidades surgen las cooperativas de impulso empresarial en Andalucía y en Cantabria<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> En la Conferencia Internacional del trabajo celebrada en junio 2017 en Ginebra, se aprobó la revisión de la Recomendación sobre Empleo y Trabajo Decente para la Paz y la Resiliencia. El nuevo texto recoge explícitamente: *«al permitir la recuperación y construir la resiliencia, los países deberían adoptar e implementar una estrategia comprensible y sostenible de empleo para promover un empleo pleno, productivo y escogido libremente y el trabajo digno para los hombres y mujeres»*, concretamente a través de *«la creación o restauración de un medio de apoyo para las empresas sostenibles, incluyendo la promoción de las iniciativas de economía social, con un enfoque particular en iniciativas para facilitar el acceso al financiamiento»*. La Alianza Cooperativa Internacional ve positivo este desarrollo junto con la previa Recomendación 193 de la OIT sobre la Promoción de las Cooperativas (2002).

<sup>103</sup> Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas y su decreto de desarrollo, D 123/2014, de 2 de septiembre (arts. 81-86) y Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de cooperativas de Cantabria, respectivamente. *Vid.*, HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “Nuevos modelos de cooperativas de trabajadores autónomos...”, *op. cit.*, ps. 157 y ss. y LOZANO LOZANO, A., “Cooperativas de trabajadores autónomos-cooperativas de impulso empresarial” en AA.VV. (dir. G. Fajardo García), *Cooperativas de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 722.

Las cooperativas de facturación, por su parte, modelo cooperativo que nace en 2008 y que durante la crisis económica alcanza una importante expansión, carece de marco jurídico aplicable (ni en la clasificación general de cooperativas de la ley estatal ni en las leyes autonómicas). Pese a la anomia legal, funcionan bajo el modelo (y paraguas) cooperativo y ofrecen servicios comunes de gestión administrativa, fiscal, laboral y contable, asesoramiento jurídico on-line o telefónico y facturación. Ésta se lleva a cabo a nombre de la entidad que factura los servicios que previamente han sido prestados por el socio, profesional autónomo. La cooperativa es la que recibe generalmente el importe de la factura y descuenta de ella el pago de impuestos, la cotización del trabajador y una comisión (de un 4% a un 8%) para el sostenimiento de la cooperativa por los servicios colectivos que presta. Abonada la factura y descontados los citados gastos el socio recibe en su cuenta la liquidación resultante en un breve espacio de tiempo en concepto de anticipo societario. Por tanto, la percepción que recibe el socio no gira en torno a los excedentes económicos de la cooperativa (en base a la Ley General de Cooperativas –Ley 27/1999, art. 80–) sino al importe facturado por aquél<sup>104</sup>.

El modelo resulta atractivo para los trabajadores por cuenta propia pues se cotiza al Régimen General (la cooperativa y no al RETA, el autónomo) y sólo por los días en que se prestan servicios y, en el pago de IRPF, la retención impositiva al trabajador es menor. A ello se une el soporte y estructura asociativa de la cooperativa que ayuda al profesional autónomo en sus exigencias administrativas, laborales, fiscales y contables. Ahora bien, no estamos ante cooperativas de trabajo asociado, las cooperativas de facturación no proporcionan trabajo a sus socios ni existe puesta en común de la actividad ya que cada socio realiza de forma autónoma y sin intervención alguna su actividad profesional. Más bien responden a plataformas de prestación de determinados servicios al trabajador autónomo cuya posición no es, en absoluto, la de socio cooperativista sino la de cliente de la entidad o empresa<sup>105</sup>. Y tampoco cabe, en modo alguno, la cotización al Régimen general<sup>106</sup>. Serían falsos tra-

---

104 HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “Nuevos modelos de cooperativas de trabajadores autónomos...”, *op. cit.*, p. 177.

105 HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *op. cit.*, p.181.

106 En agosto de 2017, el MEYSS, a la vista del informe remitido por el Área de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo de Valencia, descalifica la entidad societaria Factoo (posibilidad recogida en el art. 116 Ley 27/1999, General de Cooperativas). Esta cooperativa de facturación pese a estar constituida como cooperativa de trabajo asociado, «no realiza actividad cooperativa alguna». Unos meses más tarde, en enero de 2018, el

bajadores por cuenta ajena que, en realidad, son trabajadores autónomos.

Similar fraude pero en sentido inverso se localiza en las cooperativas de trabajo asociado del sector cárnico (con importante presencia femenina) que utilizan el paraguas cooperativo para vincularse con falsos trabajadores autónomos que son en realidad asalariados. Servicarne, por ejemplo, es una cooperativa de trabajo asociado integrada por socios con voto y con un título de 90,15 € cada uno pero en realidad es una herramienta que proporciona mano de obra barata y flexible al verdadero empresario, que es la empresa cárnica principal<sup>107</sup>, que de esta manera obtiene una ventaja competitiva importante. De hecho, este modelo de trabajo no decente se concreta en unas retribuciones hasta un 40% inferiores a los contratados directamente por las empresas cárnicas y en un crecimiento de la industria cárnica durante la crisis del 23% (2008-2016)<sup>108</sup>.

Otro espacio para el fraude localizado también en más falsos autónomos es a través del uso desviado de la tarifa plana. Diseñada para fomentar el emprendimiento y el trabajo autónomo aligerando los costes sociales en la fase inicial de un proyecto profesional o empresarial, no está arrojando los resultados esperados. De hecho, se afirma por las organizaciones de autónomos (UPTA) que este uso fraudulento de la figura del autónomo está contribuyendo a más precarización en el mercado de trabajo al buscarse únicamente una cuota de Seguridad Social reducida que se consigue con esta tarifa plana al RETA aun cuando el trabajador, en realidad, sea por cuenta ajena. Ello ha contribuido

---

Ministerio de Empleo obliga a darse de alta como trabajadores autónomos en el RETA a 3000 miembros de cooperativas de facturación evidenciándose con ello que el modelo cooperativo ha sido utilizado de forma fraudulenta.

107 Campofrío, Frimancha, Cárnicas Frivall, Sada, Vacuno de Navarra...Hasta 52 empresas denuncia la Inspección de Trabajo han tenido como trabajadores a cooperativistas de Servicarne y el fraude afecta a unos 10.000 trabajadores, falsos autónomos, que han de ser dados de alta en el Régimen General. Tras haber sido dados de alta de oficio a instancia de la Inspección de Trabajo, las propias empresas utilizaron su acceso al Sistema Red para dar de baja a los trabajadores anteriormente inscritos. Ello motivó que el Consejo de Ministros del 3 de agosto de 2018 modificara el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, prohibiendo, desde su publicación en BOE (4 agosto), la anulación por las empresas afectadas de las altas realizadas de oficio a instancia de la Inspección de Trabajo.

108 La industria cárnica factura 96.400 millones de euros al año y tiene un peso del 3% en el PIB. En ella, sólo 6 de cada 100 contratos son indefinidos y se estima que el 26,6% son falsos autónomos (CCOO).



a generar una *burbuja* (irreal) *de emprendimiento* y así lo evidencian datos como la desproporción que existe, a juicio del MEYSS y de las asociaciones profesionales de autónomos, entre los beneficiarios de la tarifa plana y la evolución de los afiliados. La idea hacia el futuro es reformular la tarifa plana, no eliminarla, pues su regular utilización es beneficiosa para la puesta en marcha y desarrollo de proyectos de autoempleo. Se apunta la posibilidad de limitarla a autónomos con bajos ingresos lo que, unido a la propuesta de cotización por ingresos reales, llevaría a que aquélla se dirigiera a los trabajadores por cuenta propia que tuvieran ingresos en torno o incluso inferiores al SMI (propuesta, ésta última de las asociaciones UPTA y ATA, como indicamos).

Es evidente que la inadecuación de status jurídico del trabajador es una manifestación de trabajo no decente en la medida en que le priva de los derechos que le corresponderían en base a la prestación real de servicios que presta. Por ello, la regularización de los falsos autónomos es clave para alcanzar un trabajo digno con derechos, Trabajo decente. De ahí que en el *Plan Director por un Trabajo digno 2018-2020* esta regularización se recoja como medida de carácter operativo (de entre las 9 que fija) y se ubique bajo el epígrafe *Refuerzo de la lucha contra la Economía irregular*. El trabajo prestado como falso autónomo es calificado como *trabajo declarado incompleto* y en el Plan se hace referencia expresa también a la necesidad de actuar en el contexto del fraude a través de figuras cooperativas (en línea con lo que acabamos de ver). El Plan se completa, además, con medidas de carácter organizativo y está enmarcado en el diálogo político y social, desarrollará 2 planes de choque y se verá sometido a acciones de seguimiento y evaluación de objetivos<sup>109</sup>.

## 6. Reflexiones finales

Las manifestaciones de trabajo no decente esbozadas habrán de ser objeto de superación en años venideros siendo clave, en este sentido, el papel de las instancias representativas de intereses profesionales de los trabajadores autónomos en un sentido amplio lo que da cabida también a los sindicatos que tienen atribuida constitucionalmente la tarea institucional de defensa de los intereses de los trabajadores. En un momento en el que se defiende y reclama la necesaria fijación de una base de derechos para todos los trabajadores sean por cuenta propia a o ajena, los sindicatos tienen mucho que decir y

---

<sup>109</sup> BOE 28.7.2018. <http://www.mitramiss.gob.es/es/destacados/HOME/plan-director-por-un-trabajo-digno.pdf>, págs. 43 y 44.



actuar en esta línea<sup>110</sup>. Ello no es algo extraño en nuestro sistema, los sindicatos ya intervienen, junto a otras asociaciones específicas de autónomos, en la negociación de acuerdos colectivos (Acuerdos de Interés Profesional de los TRADE)<sup>111</sup>. De un lado, la transición justa hacia el Trabajo decente que pasa por el diálogo social y la negociación y, de otra, la transversalidad de la igualdad de género en el ODS 8, exigen la toma de partido en este sentido de cara a hacer más digno y justo el trabajo autónomo en general y específicamente el trabajo por cuenta propia de la mujer que se enfrenta a las necesidades comunes del autoempleo y a las particulares derivadas de su condición<sup>112</sup>.

El enorme potencial del trabajo autónomo para empoderar a la mujer a través del empleo está teniendo también su reflejo a nivel asociativo. Como ejemplo, en 2018, la asociación UATAE, lanza la plataforma, *Somos autónomas*, dirigida a fomentar la cooperación, el aprendizaje y el trabajo conjunto de las mujeres autónomas en un entorno con mayor presencia masculina. La unión y la solidaridad, también en el trabajo autónomo (como lo fue en el trabajo asalariado), es clave en la conquista de espacios y derechos. En este contexto, el respeto a los derechos fundamentales, la adecuada articulación de la conciliación de la vida familiar y la actividad profesional, la protección de la seguridad y salud en el trabajo y la óptima protección social serán los focos de actuación esenciales para poder hablar de trabajo autónomo decente

---

110 Vid., EUROFOUND, *Exploring self-employment in the European Union*, cit., p. 62 y *Employment and working conditions of select types of platform work*. Ed. Unión Europea, Luxemburgo, 2018. También, WORKER ORGANIZATION OF EUROPE AND NORTH AMERICA, *Frankfurt Paper on Platform-Based Work. Proposals for platform operators, clients, policy makers, workers, and worker organizations* (<http://faircrowd.work/unions-for-crowdworkers/frankfurt-declaration/>)-

111 A título de ejemplo, el 12 de abril de 2018 se firmó por UGT, CCOO, Atapan, Atad y Asra el AIP que regula las relaciones de empleo de los transportistas autónomos con Bimbo y Bakery Donuts Iberia.

112 Previamente, en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 (*Declaración sobre la Justicia Social*) se insistiría en la importancia del trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales en base a cuatro objetivos estratégicos inseparables, interrelacionados y que se refuerzan mutuamente, la promoción del empleo, la protección social, el diálogo social y el tripartismo y los principios y derechos fundamentales en el trabajo junto con la igualdad de género y la no discriminación como cuestiones transversales. Esta Declaración es guía de la OIT y sus miembros para responder al llamamiento urgente de asumir un papel pleno y activo en la Agenda 2030 -ODS- ([https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS\\_099768/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm))

de la mujer. Dimensiones, todas ellas que han de ser objeto de tutela de manera integrada en el marco de la Justicia Social<sup>113</sup>.

---

113 OIT. *Resolución sobre el avance de la justicia social mediante el trabajo decente. Evaluación del impacto de la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una globalización equitativa y conclusiones de la acción futura*, 2016.

# FOMENTANDO LA FORMALIZACIÓN DEL EMPRENDIMIENTO FEMENINO CON UN REGISTRO ELECTRÓNICO DE EMPRESAS Y UNA ENTIDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA SIMPLIFICADA<sup>1</sup>

Marta GARCÍA MANDALONIZ  
Universidad Carlos III de Madrid  
Profesora titular Derecho mercantil

**RESUMEN:** Se plantea una reflexión para avanzar en la disminución y aceleración de los trámites de constitución y puesta en marcha de una empresa con el ánimo de promover el espíritu empresarial desde un criterio inclusivo. Dicha reflexión se sustenta en las labores del Grupo de Trabajo I de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME) materializadas en dos Guías Legislativas. La primera tiende hacia un sistema de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente mientras que la segunda conduce hacia la simplificación y la flexibilidad de una entidad de responsabilidad limitada. Ambas tratan de eliminar los posibles obstáculos legales al emprendimiento con una legislación clara, sencilla y directa. Uno de sus fines es reducir la brecha de género empresarial y agrandar el empoderamiento económico femenino.

---

1 La presente investigación (cerrada a 13 de septiembre de 2018) tiene origen en los trabajos previos a la ponencia titulada: “Emprendimiento y trabajo autónomo de la mujer” (compartida con la profesora ALAMEDA CASTILLO), a impartir por la autora en la Universidad Carlos III de Madrid el 9 de octubre de 2018 en el II Seminario del Programa de la actividad de ámbito universitario relacionada con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres: “Garantizando un trabajo decente a las mujeres”; correspondiente al proyecto de investigación del Instituto de la Mujer dirigido por la profesora BLÁZQUEZ AGUDO y del que se es miembro. En particular, el epígrafe 1, introductorio de este estudio, comienza con el contenido del último Informe del Banco Mundial “*Women, Business and the Law*”, de 2018, en el que esta autora ha colaborado como “*local partner*”, como anteriormente había colaborado en el informe de 2016. Por su parte, el epígrafe 2, relativo a la inscripción registral de las empresas, plasma de manera actualizada y abreviada buena parte de las reflexiones que la autora ha publicado en el siguiente capítulo de libro: GARCÍA MANDALONIZ, M., “Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente”, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, 2018; bien que allí el enfoque se puso en los “ciberemprendedores”. Por último, el subepígrafe 3.3, relativo al capital social mínimo legal, acoge algunas de las citas que hubo ocasión de emplear y desarrollar en: GARCÍA MANDALONIZ, M., “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Marcial Pons, 2010.

**PALABRAS CLAVES:** Emprendimiento femenino, registro electrónico empresas, entidad limitada simplificada, CNUDMI.

**SUMARIO:** 1. FOMENTANDO LA FORMALIZACIÓN DEL EMPRENDIMIENTO FEMENINO. 1.1. Desde la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 1.2. Con igualdad de derechos entre hombres y mujeres. 2. CON UN REGISTRO ELECTRÓNICO DE EMPRESAS. 2.1. Con eficiencia. 2.2. Con acceso electrónico directo. 2.3. Con cualquier tecnología. 2.4. Con o sin intermediación notarial. 2.5. Con identificación electrónica. 3. CON UNA ENTIDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA SIMPLIFICADA. 3.1. Con personalidad jurídica y responsabilidad limitada. 3.2. Con objeto social general. 3.3. Sin capital social mínimo legal. 4. PARA EL EMPODERAMIENTO ECONÓMICO FEMENINO. 4.1. Con una “legislación clara”. 4.2. Con incentivos para la formalización.

*PROMOTING WOMEN’S ENTREPRENEURSHIP WITH AN ELECTRONIC BUSINESS REGISTRY AND A SIMPLIFIED LIMITED LIABILITY ORGANIZATION*

**ABSTRACT:** A reflection must be considered to progress in the acceleration of the steps to start a business with the aim of promoting entrepreneurship under inclusive criteria. This reflection is based on the work that Working Group I of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) has been carrying out in the field of micro, small and medium-sized enterprises (MSME) with the aim of preparing two Draft Legislative Guides. First, the Draft Legislative Guide on key principles of a business registry focuses on the creation of an e-business registry based on efficiency. Second, the Draft Legislative Guide configures a limited liability organization. Both Guides try to eliminate possible legal obstacles to entrepreneurship with clear, simple and direct legislation. One of their goals is to reduce the business gender gap and enlarge women’s economic empowerment.

**KEY WORDS:** *Women’s entrepreneurship, electronic business registry, simplified limited liability organization, UNCITRAL.*

*“You must do the things you think you cannot do”.*

ROOSEVELT, E., *You learn by living: Eleven keys for a more fulfilling life*, Harper Perennial, ed. anniversary, April 2011.

## **1. FOMENTANDO LA FORMALIZACIÓN DEL EMPRENDIMIENTO FEMENINO**

Las leyes influyen en las decisiones de las mujeres de comenzar y administrar negocios. El entorno jurídico influye en las oportunidades y los resulta-

dos económicos de las emprendedoras. Esta es la conclusión confirmada en la quinta y última edición, de 2018, del informe que el Banco Mundial viene publicando bianualmente bajo el título: “Mujer, Empresa y Derecho”<sup>2</sup> donde se analizan las legislaciones de ciento ochenta y nueve países respecto de los siguientes siete indicadores: el acceso a las instituciones, el uso de la propiedad, la obtención de empleo, los incentivos al trabajo, la presencia en los tribunales, la obtención de crédito y la protección de la mujer contra la violencia. La comprobación de que las normas en estos ámbitos de actuación influyen en la participación de las mujeres en la actividad económico-empresarial se ejemplifica con el dato de que desisten más en abrir o mantener un negocio en aquellos Estados donde la legislación les pone mayores trabas para emprender<sup>3</sup>. A menor igualdad legal de género, menor es el número de emprendedoras<sup>4</sup>. Con esta constatación, el Banco Mundial entiende que una forma de influir de forma positiva en los resultados económicos de las mujeres es la reforma de las normas limitativas de su participación en los negocios<sup>5</sup>.

Aunque no existe desigualdad legal para el emprendimiento femenino en países como España, Reino Unido o Nueva Zelanda<sup>6</sup>, existe en otros e, incluso, en algunos (como Bután, Guinea-Bisáu, Pakistán y Surinam) las mujeres ni siquiera pueden registrar una empresa<sup>7</sup>. Aun pudiendo registrar una empresa en el resto de naciones, sigue habiendo diferencia numérica entre las tasas de emprendimiento femenino y masculino. En el último período analizado por el informe especial “*Global Entrepreneurship Monitor*” (GEM) sobre emprendimiento femenino, correspondiente al bienio 2014 a 2016<sup>8</sup>, se verifica que la brecha de género empresarial se ha reducido en un 5%<sup>9</sup> porque la actividad

---

2 Vid. WORLD BANK GROUP, *Women, business and the law 2018*, The World Bank, 2018, p. 1.

3 *Ibidem*, p. 6.

4 Figura 1.4.

5 *Ibidem*, p. 6.

6 *Ibidem*.

7 Cuadro 1.2, p. 11.

8 Vid. GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Women's entrepreneurship 2016/2017 Report*, GEM, 2017. Un resumen de este informe haciendo hincapié en los datos del emprendimiento femenino en España se extracta en la siguiente nota: CEPYME, “Aumenta el número de mujeres emprendedoras, reduciendo la brecha con respecto a los hombres”, *CEPYMENews*, 18 enero 2018.

9 En nuestra geografía nacional el porcentaje de la disminución ha sido superior, llegando a un 6,5% porque mientras en 2014 el emprendimiento correspondía en un 58,5% a

empresaria de las mujeres ha aumentado de media en los setenta y cuatro países analizados en un 10%<sup>10</sup>. No obstante estas positivas cifras que hacen contemplar una esperanzadora tendencia, únicamente en cinco Estados de América Latina y del Sudeste Asiático<sup>11</sup> el porcentaje de emprendedoras es superior al de emprendedores, pero cuando las mujeres emprenden allí lo hacen por necesidad en un 20% más que los hombres<sup>12</sup>. Es en las Economías desarrolladas donde las mujeres que emprenden lo hacen más por oportunidad que por necesidad<sup>13</sup>. Pero, a mayor nivel de desarrollo económico de un país, menor es el número de empresas creadas por las mujeres y, por ende, mayor es la brecha de género empresarial, siendo Turquía el país con mayor brecha del mundo<sup>14</sup>. Mientras en Senegal la tasa de actividad emprendedora (TEA, por sus siglas en inglés)<sup>15</sup> femenina es del 37%, en Estados europeos como Alemania, Italia y Francia la tasa no alcanza el 4%, siendo la media europea de tan solo un 6,3%<sup>16</sup>. Muchas veces no emprenden, muchas veces ni siquiera tienen intención de emprender. La tasa de intención de emprendimiento femenino es de media en Europa (como en Asia Central) un 12,4% y se queda en un 5,7% en España<sup>17</sup>. En Economías avanzadas como las europeas no son los impedimentos legales los que cercenan el emprendimiento femenino como tampoco lo son los educativos. El mayor impedimento es la baja

---

los hombres y en un 41,5% a las mujeres, en 2016 era en un 55,7% de hombres y un 44,3% de mujeres.

10 Vid. GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Women`s entrepreneurship 2016/2017...*, op. cit., p. 8. Asimismo, vid. CEPYME, “Aumenta el número de mujeres emprendedoras...”, op. cit.

11 México, Brasil, Indonesia, Filipinas y Vietnam. *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 Las tasas son en un 80% por oportunidad y en un 20% por necesidad, bien que en España el emprendimiento por necesidad alcanza una cota del 25,1% y el emprendimiento por oportunidad cae al 70,7%. *Ibidem*, p. 58.

14 Que Turquía es el país con mayor brecha de género empresarial del mundo porque por cada tres mujeres empresarias hay diez hombres, se comentaría en: GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Special Report, Women`s entrepreneurship 2015*, GEM, 2015, p. 7.

15 TEA: “*Total Entrepreneurial Activity*”.

16 Y del 4,7% en España en 2016, con un crecimiento del 2% desde 2014. Vid. GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Women`s entrepreneurship 2016/2017...*, op. cit., p. 62. Asimismo, vid. CEPYME, “Aumenta el número de mujeres emprendedoras...”, op. cit.

17 El dato de que la intención de emprender fue en 2016 en España del 5,7% se mostró en: *Ibidem*, p. 62, donde se añadió que había sido en 2014 del 8%.

percepción de la capacidad propia<sup>18</sup>, en el doble sentido de no creerse capaz de crear una empresa y de temer al fracaso. Es miedo a arriesgar, es miedo a fallar<sup>19</sup>. Ahora bien, pese a que en la geografía europea las leyes no sean un obstáculo y porque en otras geografías sí lo son, las reformas legales de impulso del emprendimiento femenino son bienvenidas en unas y otras latitudes. Propuestas de reformas legislativas para fomentar el emprendimiento femenino formalizado proceden desde los organismos internacionales y las instituciones europeas, según habrá ocasión de plantear durante la presente investigación en los epígrafes que siguen a este introductorio.

### **1.1. Desde la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**

En las tareas que, desde febrero de 2014, viene desplegando el Grupo de Trabajo I de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre las micro, las pequeñas y las medianas empresas (MIPYME) la inscripción registral empresarial se considera un elemento esencial para un entorno jurídico-empresarial propicio<sup>20</sup>. Cuanta mayor rapidez y simplicidad se estampe a la hora de poner en marcha una empresa más se favorecerá la formalización<sup>21</sup>. A menor coste y tiempo de inscripción registral, menor será el sector empresarial informal y, por correlación, mayor el empresariado formalizado<sup>22</sup>. La formalización se traduce en visibilidad en los mercados ante el público y el Estado, en un mejor acceso al sistema bancario y a las instituciones financieras, en extensión de las oportunidades de negocio y en amplificación de la rentabilidad, la productividad y la competitividad<sup>23</sup>.

---

18 En España, no obstante, las mujeres tienen una superior percepción de capacidades que la media europea, aunque, a cambio, tienen inferior percepción de oportunidades que la media europea, según: GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Special Report...*, *op. cit.*, p. 144.

19 Se alude al miedo a fallar, por ejemplo, en: GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Women`s entrepreneurship 2016/2017...*, *op. cit.*, p. 44. El miedo a arriesgar también se había contemplado en el Informe especial de GEM de 2015 antes citado.

20 Epígrafe II, páginas 5-9, de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de septiembre de 2014 sobre “las mejores prácticas de inscripción registral de empresas” (A/CN.9/WG.I/WP.85).

21 Página 5 del documento de la CNUDMI citado en la nota a pie de página previa.

22 *Ibidem*, p. 6.

23 Conforme detalla la Nota de la Secretaría de la CNUDMI titulada: “Reducción de

La formalización de los pequeños empresarios es el ítem de partida y de llegada del proyecto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de empresas. Este proyecto fue aprobado en el 51º período de sesiones de la CNUDMI que tuvo lugar en la ciudad de Nueva York del 25 de junio al 13 de julio de 2018<sup>24</sup>. Aunque todavía esté sin publicar el texto definitivo de la Guía, ya se fijan algunos de los aspectos de la que será su estructura definitiva en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018<sup>25</sup>, donde se incorporan los cambios y adiciones que tuvieron lugar a raíz de las discusiones y decisiones del 30º período de sesiones del Grupo de Trabajo I en Nueva York del 12 al 16 de marzo de 2018<sup>26</sup>. Como revisión de la documentación que sirviera de base de las deliberaciones de ese 30º período de sesiones se publicaba, el 10 de mayo de 2018, el documento rubricado: “Creación de un entorno jurídico propicio para el funcionamiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (MIPYME)”<sup>27</sup>. En su prefacio se insiste en la situación de desventaja que sufren las MIPYME, sobre todo, en las Economías en desarrollo y en la necesaria labor de la CNUDMI para facilitar su formalización y funcionamiento<sup>28</sup>. Se desea contribuir, así, a la tercera meta del octavo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la “Agenda 2030” de Naciones Unidas<sup>29</sup>, esto es, a la promoción de las políticas que apoyen las actividades productivas y el emprendimiento y que fomenten la formalización de las MIPYME con la finalidad de promover un crecimiento económico inclusivo y sostenible.

Este documento para un entorno económico propicio sirve de marco introductorio general de la labor de la CNUDMI en favor de las MIPYME<sup>30</sup> que se concreta, en primer lugar, en la Guía Legislativa de los principios funda-

---

los obstáculos jurídicos que afectan a las microempresas y pequeñas y medianas empresas” de 17 de julio de 2017 (correspondiente al 29º Período de sesiones del Grupo de Trabajo I), pp. 12-13.

24 Documentos oficiales de la Asamblea General correspondientes al septuagésimo tercer período de sesiones: Suplemento nº 17 (A/73/17).

25 Por razones técnicas dicha Nota tuvo que ser re-publicada el 21 de julio de 2018, como se indica en su primera nota a pie de página.

26 A/CN.9/940, apartado 2º, p. 3.

27 A/CN.9/941.

28 Anexo. Introducción, p. 3.

29 Resolución de la Asamblea General 70/1 aprobada el 25 de septiembre de 2015 en el septuagésimo período de sesiones: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030”.

30 Introducción, párrafo 3.



mentales de la inscripción registral. Esta Guía Legislativa no viene sola, viene bien acompañada. La buena compañía se la proporciona la (también en proyecto, aunque en etapa menos avanzada) Guía Legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada (ERL) que viene preparando en paralelo, desde 2014, la CNUDMI. Habrá ocasión de desgranar las “llaves maestras” de una y otra Guía a lo largo de las próximas páginas. En las líneas iniciales que ahora se redactan, quisiera distinguirse la innovación que para la regulación ambas Guías propulsan. Es innovación por flexibilidad; es innovación por simplicidad. Es innovación en la regulación mediante simplicidad y flexibilidad para favorecer la formalización de los pequeños empresarios. Unos pequeños empresarios que –en las palabras de la introducción del proyecto de Guía Legislativa sobre la ERL-CNUDMI– pueden ser “desde vendedores callejeros independientes que trabajan en mercados muy concurridos, a propietarios de negocios familiares pequeños que deseen ampliar y formalizar sus operaciones, hasta pequeños empresarios que intentan crecer y participar en sectores más innovadores como el de la tecnología de la información”.

## **1.2. Con igualdad de derechos entre hombres y mujeres.**

Es para todos los pequeños empresarios, emprendedores que acometen un negocio<sup>31</sup> o empresarios<sup>32</sup> con negocios consolidados que pretendan desarrollar sus actividades en el sector formal de la Economía. Es para todos ellos sin distinciones por razón de género como tampoco por motivos de raza, color, “idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, en la literalidad del apartado b) sobre el “acceso a los servicios de inscripción del registro de empresas” de la Guía sobre los principios fundamentales del registro<sup>33</sup>. El principio de no discriminación abarca a toda clase de condición, también de género, en la Recomendación nº 33 de la Guía. El acceso a los servicios de inscripción registral de empresas no puede negarse por ley a los posibles solicitantes de la inscripción y solo puede estar condicionado al cumpli-

---

31 “Emprendedor” es, en la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, quien emprende empresas innovadoras; entendiéndose por el verbo “emprender” la acción de acometer y comenzar un negocio.

32 El “empresario” es entendido por la Real Academia como el “titular propietario o directivo de una industria, negocio o empresa”.

33 Párrafo 167, p. 56.

miento de los requisitos de edad mínima y a los requisitos de procedimientos aplicables para la utilización de estos servicios de inscripción registral, tales como la identificación previa o el pago de las tasas, en su caso<sup>34</sup>. En definitiva, es sin discriminación por razón de sexo como tampoco por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”<sup>35</sup>, para preservar y garantizar el principio de igualdad suscrito en las leyes fundamentales nacionales, como se preserva y garantiza en el artículo 14 de la Constitución española.

Aunque la CNUDMI formula en esta Guía Legislativa el principio de no discriminación en términos excelsos, observa, acto seguido, la necesidad de incidir en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres. Por ello, la Recomendación siguiente, la n° 34, especifica la “igualdad de derechos de la mujer para acceder a los servicios de inscripción del registro de empresa”<sup>36</sup>. El empoderamiento de la mujer es uno de los objetivos principales de las Naciones Unidas; expresado, desde el 18 de diciembre de 1979, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>37</sup>, y en su Protocolo facultativo, aprobado por la Resolución 54/4 de la Asamblea General, de 6 de octubre de 1999<sup>38</sup>; así como en Resoluciones posteriores, como la 67/202<sup>39</sup>, de 21 de diciembre de 2012, donde se recuerda el papel de las mujeres como impulsoras de la iniciativa empresarial, sobre todo en los países en desarrollo. El empoderamiento femenino también debe figurar entre las prioridades de los Estados para derrumbar las desigualdades que padecen las mujeres en materia económica con el ánimo de promover su destacado papel en el desarrollo sostenible y el crecimiento económico<sup>40</sup>.

Empoderamiento económico de la mujer para seguir creando y desarrollando empresas en aquellos lugares del mundo en donde las crean y desarrollan, incluso, con mayor tasa de crecimiento empresarial que los hombres<sup>41</sup>.

---

34 Párrafos 167 y 168, correspondientes a la página 56 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

35 En la literalidad del artículo 14 de nuestra Constitución.

36 Recomendación n° 34, en concordancia con los párrafos 172 a 174 (apartado C), pp. 57-58.

37 Con entrada en vigor como Tratado internacional el 3 de septiembre de 1981.

38 En vigor desde el 22 de diciembre de 2000.

39 Resolución 67/202, de 21 de diciembre de 2012, de iniciativa empresarial para el desarrollo (A/RES/67/202).

40 Párrafos 172 a 174 del Anexo de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

41 Como indica la Secretaría de la CNUDMI citada *supra* en la nota a pie de página previa.

Empoderamiento económico femenino para pasar del sector informal (o “no reglamentado”)<sup>42</sup> –donde un gran número de las MIPYME de mujeres se ubican– al sector formal (o “reglamentado”) de la Economía<sup>43</sup>. Empoderamiento económico femenino para eliminar los “graves obstáculos para poder realizar sus actividades comerciales” con que se topan en muchas regiones<sup>44</sup>. Son obstáculos por diferencias en materia de educación superior y de conocimientos financieros, son obstáculos por el menor o el peor acceso a la financiación bancaria, son restricciones culturales y sociales, son incluso limitaciones legales y reglamentarias. Los marcos legislativos y reglamentarios nacionales imponen en ocasiones trabas respecto de la capacidad jurídica o del derecho a la propiedad<sup>45</sup> o, aun no imponiéndolas en esta capacidad y este derecho, exigen en otras ocasiones mayores o diferentes requisitos para la puesta en marcha de un negocio, en concreto, en la inscripción registral de la empresa<sup>46</sup>. En cuatro Economías –se recalca– las mujeres no pueden registrar una empresa<sup>47</sup>. En otras pueden registrarla, pero previo consentimiento del cónyuge o previa presentación de un mayor número de documentos para la inscripción<sup>48</sup>. En otras muchas pueden registrarla sin consentimiento ajeno ni presentación de documentación adicional, por regir el principio constitucional de igualdad, pero regímenes consuetudinarios o “regímenes jurídicos paralelos”<sup>49</sup> vulneran en la práctica el derecho de la mujer a dar inicio a una actividad empresarial. Por todo lo anterior, esta primera Guía de la CNUDMI para las MIPYME incide en un “criterio inclusivo para promover el espíritu empresarial” con medidas para la eliminación de los obstáculos jurídicos y

---

42 Se indicaría en los párrafos 17 y siguientes del documento de la CNUDMI sobre la creación de un entorno jurídico propicio para el funcionamiento de las MIPYME que el concepto de “informalidad” no es uniforme. Aunque se trata de una actividad “no reglamentada” no tiene por qué ser ilícita y puede deberse a una necesidad económica, a elevadas exigencias y costes, a la falta de información o a la falta de oportunidades (párrafos 11, 20, 22 y 25, pp. 8-9).

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*.

45 Párrafo 172.

46 Párrafo 173.

47 Cuadro 1.2 del informe del WORLD BANK GROUP, *Women, Businesses..., op. cit.*, p. 11.

48 En el texto del párrafo 172 de la última Nota de la Secretaría de la CNUDMI.

49 Párrafo 173.

reglamentarios y con el fin último de conseguir la igualdad real de género<sup>50</sup>. Aboga, en particular, en su Recomendación n° 34, por los iguales y legítimos derechos de la mujer en el acceso a los servicios de inscripción del registro de empresas para el comienzo de una actividad comercial, así como por la igualdad de los requisitos para la inscripción registral de las empresas sin discriminación alguna por razón de género. Aboga, en general, por un ordenamiento jurídico sin impedimentos para el emprendimiento, como no existen en el nuestro por refrendo del “principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia”, en la literalidad del artículo 5 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>51</sup>. Aboga, en suma, por los “derechos empresariales” para empoderar a las personas menos favorecidas para que establezcan sus propias empresas como fórmula de autoempleo y empleo para “ganarse la vida”<sup>52</sup>. En los denominados “derechos empresariales”, como conjunto de derechos para operar en el mercado, se incluye el derecho a crear una empresa en el sector formal de la Economía sin discriminación y con eliminación de las limitaciones legales<sup>53</sup>. La operativa de las empresas en el sector de la Economía formalizada conlleva “importantes efectos de empoderamiento” que se aprecian especialmente en el caso de las mujeres<sup>54</sup>.

No solo es para las mujeres el régimen jurídico previsto por la CNUDMI en la Guía Legislativa sobre los principios fundamentales para la inscripción registral empresarial, como tampoco lo es solo para ellas el régimen previsto en el proyecto de Guía Legislativa de la entidad de responsabilidad limitada, pero también es para todas ellas, sin discriminación y con igualdad real. Es en las mujeres dispuestas a iniciar una actividad empresarial en el sector formal de la Economía en quienes hace hincapié este organismo internacional y en quienes desde esta investigación quisiéramos fijar nuestra particular mirada cuando describamos y analicemos las citadas Guías Legislativas. Con esta visión tenemos el ánimo de resaltar el potencial de fomento de la formaliza-

---

50 Párrafo 174, p. 58.

51 BOE n° 71, 23 de marzo de 2007, pp. 12611-12645 (RCL 2007-6115).

52 De conformidad con el Documento de la CNUDMI sobre la creación de un entorno jurídico propicio para el funcionamiento de las MIPYME (párrafo 4, p. 4).

53 En la definición del párrafo 4 del documento citado *supra* en la nota a pie de página previa.

54 Según resaltara el documento de la CNUDMI sobre el entorno jurídico propicio para las MIPYME en los párrafos 28 y siguientes, pp. 10 y siguientes, y, en especial, p. 12.

ción del emprendimiento femenino que ofrecen ambas Guías. La velocidad y facilidad de la inscripción registral para la constitución de una sociedad mercantil mediante un sistema electrónico y eficiente, y la flexibilidad y simplificación en la configuración societaria son sus claves puestas al servicio no solo, pero también y sobre todo, de las emprendedoras.

## **2. CON UN REGISTRO ELECTRÓNICO DE EMPRESAS.**

Hacia un sistema de registro *on-line* se encamina derechamente la Guía Legislativa sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de empresas. Esta Guía propone un itinerario que transite desde un sistema registral en papel hacia uno mixto (en papel y en línea) y desde uno mixto hasta un sistema electrónico único. El objetivo final de este tránsito gradual<sup>55</sup> es la promoción de la inscripción registral de las MIPYME<sup>56</sup> para su operativa en el “sector formal de la Economía”, esto es, en el “contexto del régimen legal y reglamentario” determinado por un Estado para regir la actividad empresarial<sup>57</sup>. Las razones esgrimidas para el establecimiento y el funcionamiento de un sistema registral electrónico entroncan con la integridad de los datos, la seguridad de la información, la transparencia del sistema, la verificación del cumplimiento de los requisitos legales por parte de las empresas y la evitación de almacenamiento en el Registro de información innecesaria o redundante<sup>58</sup>.

La reducción del tiempo y el acceso en tiempo real, la transparencia de la información, la simplificación del proceso, la mejor disponibilidad del servicio, la facilidad de uso de una interfaz única, la precisión y seguridad de los datos y la disminución del costo fueron motivaciones destacadas en la postu-

---

55 El “enfoque gradual respecto de la implementación de un registro electrónico” para “lugares donde el acceso digital no está muy extendido” se plasmó en el apartado C, párrafos 72 y siguientes (pp. 27 y ss.) del Anexo del Proyecto de Guía en su versión final de 10 de abril de 2018.

56 En el apartado A, “Finalidad de la presente Guía” de la Introducción del Anexo del Proyecto de Guía, párrafo octavo, p. 6.

57 En la definición que proporciona esta Guía en la página 9.

58 Página 27 de la versión de 17 de julio de 2017 del proyecto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas. Igualmente en el proyecto revisado de Guía Legislativa fechado el 2 de enero de 2018 (A/CN.9/W.G.I/W.P.109), pp. 15 y siguientes; o en el párrafo 64, p. 25, de la Guía en su última versión de 10 de abril de 2018.

ra favorable a un registro *on-line* que adoptara una década atrás, en junio de 2007, el Banco Mundial en el documento de recomendaciones basadas en las “*Good practices for electronic business registries*”<sup>59</sup>. Por un “procedimiento de registro que pueda ser cumplimentado electrónicamente a distancia en su totalidad, sin que se requiera la presencia física del fundador ante las autoridades del Estado miembro del registro” también se decantó<sup>60</sup> la Propuesta (abandonada) de Directiva europea de la sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada (SUP), de 9 de abril de 2014<sup>61</sup>, enmendada por el texto transaccional del Consejo de 28 de mayo de 2015<sup>62</sup>. Por la inscripción en línea también se decantaría luego el Grupo Informal de Expertos en Derecho de sociedades (GIEDS o ICLEG en acrónimo en lengua inglesa)<sup>63</sup> en un informe sobre la digitalización del Derecho de sociedades en la Unión Europea, fechado en marzo de 2016. Su marco general predecesor sería la Conferencia de 2015 sobre el Derecho de sociedades en la era digital y su marco sucesor el programa de trabajo de la Comisión europea para 2017<sup>64</sup> donde se anunciaba una iniciativa de Derecho de sociedades facilitadora del uso de las tecnologías digitales durante el ciclo de vida empresarial para una base industrial fortalecida en un Mercado Único Digital. Esa iniciativa anunciada ha desembocado para la Unión Europea en la Propuesta de Directiva, de 25 de abril de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del

---

59 La referencia es: LEWIN, A. (et al.), *Implementing electronic business registry (e-BR) services. Recommendations for policy makers based on the experience of EU accession countries*, The World Bank, June 2007, pp. 17-19.

60 En las palabras que respecto del capítulo 4 se emplearon en su Exposición de Motivos, en relación con el artículo 14.3

61 COM (2014) 212 final; 2014/0120 (COD). A su través se pretendía la derogación, a los veinticuatro meses desde su fecha de adopción, de la codificada Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de Derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DO L 258, 1 octubre 2009, pp. 20-25), en los términos que dispuso el apartado 1 del artículo 29 de esta Propuesta (luego paralizada).

62 Sesión del Consejo de la Unión Europea de 28 de mayo de 2015. Comunicado de prensa 377/15, 28 mayo 2015.

63 El *Informal Company Law Expert Group* (ICLEG) está registrado, desde el 26 de mayo de 2014, para trabajar en nuevas iniciativas sobre el Derecho de sociedades en Europa.

64 COM (2016) 710 final, 25 octubre 2016, Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (SWD (2016) 400 final).

Derecho de sociedades<sup>65</sup>; dentro del “*Company Law Package*”<sup>66</sup>. Para evitar cargas y costes innecesarios a las emprendedoras, la pérdida de oportunidades de negocio por la dilatación en la inscripción o, incluso, la decisión de no creación de una empresa por temor a la “burocracia” registral<sup>67</sup>, esta Propuesta de Directiva apuesta por un registro íntegramente en línea. Porque “el tiempo es oro”, porque el tiempo es un coste adicional se considera muy importante la completa digitalización del registro de una sociedad mercantil de capital hasta la adquisición de la personalidad jurídica sin la presencia física de la solicitante ante la autoridad competente del Estado miembro<sup>68</sup>. Para no considerarlo una pérdida de tiempo, el tiempo máximo que fija su artículo 13 septies es de cinco días laborales para completar el proceso del registro electrónico de sociedades.

El planteamiento que hace esta Propuesta de Directiva sobre un sistema único electrónico de constitución de sociedades mercantiles y, en específico, de sociedades de responsabilidad limitada (SRL o SL) estaría en consonancia con el principio fundamental de “versión digital por defecto” promovido por el Plan de Acción sobre la Administración Electrónica 2016-2020<sup>69</sup> –y anunciado en la Estrategia para el Mercado Único Digital– para prestar los servicios públicos en forma digital como opción preferida y “a través de un único punto de contacto o ventanilla única y a través de diferentes canales”<sup>70</sup> (“*one-stop shop*”). Para llevarlo a cabo hay que tener presente la interconexión de los Registros Mercantiles de todos los Estados miembros que la Directiva 2012/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012<sup>71</sup>, prevé me-

65 COM (2018) 239 final; 2018/0133 (COD). SWD (2018) 141 final; SWD (2018) 142 final.

66 [https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_en) (última consulta: 13 septiembre 2018).

67 Página 4 de la Propuesta de Directiva.

68 Páginas 4 y 5 de la Propuesta de Directiva.

69 COM (2016) 179 final, 19 abril 2016; acompañado de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre la Administración Electrónica de la Unión Europea 2016-2020 (2016/2273 (INI).

70 En la página 4 del Plan de Acción.

71 Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades (DO L 156 de 16.6.2012, p. 1).

dian­te la creación de una plataforma central de interconexión (“*European Central Platform*”), a fin de facilitar la comunicación entre Registros con un punto de vía de acceso por medio del “*European e-Justice Portal*”. Con este *background* que ha derivado, desde el 8 de junio de 2017, en el “*Business Registers Interconnection System*” (BRIS)<sup>72</sup> se posibilita un fácil acceso a la información sobre las sociedades registradas mediante la comunicación electrónica de los Registros Mercantiles, con aumento de la transparencia, fiabilidad y seguridad y, a la vez, con reducción de la carga que las empresas al inicio tienen que soportar<sup>73</sup>. La cooperación entre los sistemas registrales de diferentes jurisdicciones nacionales enlaza con la búsqueda de la eficiencia para los sistemas internos de inscripción registral electrónicos.

## 2.1. Con eficiencia

La cooperación para la eficiencia también es objetivo planteado por la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas<sup>74</sup>. El sistema de inscripción registral empresarial no solo ha de tender a ser electrónico sino eficiente. Esta Guía Legislativa respalda la transición desde un sistema mixto (*off-line* y *on-line*) de inscripción hacia uno exclusivamente digital y lo encamina hacia la eficiencia. La eficiencia se regiría por los siguientes principios fundamentales<sup>75</sup>: el primero, un trámite de inscripción sencillo, rápido, económico, fácil de aplicar y accesible al público; el segundo, una información registrada de las entidades mercantiles fácil de consultar y extraer; y el tercero y último, una información registrada fiable, actualizada e inalterada. En suma, se aglutinan la simplificación, la rapidez, la economicidad y la facilidad con la actualización y la fiabilidad<sup>76</sup>. Bajo estos

---

72 <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/2017/09/19/Business+Register+Interconnection+System> (última consulta: 13 septiembre 2018).

73 Acción nº 9 del Plan de Acción sobre administración electrónica y Directiva 2012/17/UE (COM (2015) 192 final).

74 Así, en su versión de 17 de julio de 2017, pp. 4-5.

75 En la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015 (A/CN.9/WG.I/WP.93), pp. 7-8; y en otras posteriores como la Nota de 2 de enero de 2018 (A/CN.9/WG.I/WP.109), pp. 15 y siguientes.

76 La versión de 17 de julio de 2017 del proyecto de Guía Legislativa en estudio marcó (en la p. 9) como objetivo “simplificar los trámites registrales y lograr que sean rápidos, económicos y fáciles de utilizar para los usuarios”, así como la fiabilidad que derive en un sistema “digno de confianza” (p. 14).



principios las ventajas son, de un lado, la reducción del tiempo y de los gastos y, de otro, la disminución de la posibilidad de fraude y del riesgo de que el Registro Mercantil incurra en responsabilidad debido a la disminución de la probabilidad de cometer errores en el ingreso de los datos correspondientes a la inscripción o a la búsqueda de la información<sup>77</sup>. Se facilita el acceso de las usuarias al servicio registral de manera prolongada, más allá del horario de atención al público de las oficinas presenciales, y se suministra mejor respuesta a las solicitudes de información que los terceros realicen sobre las inscripciones de las empresas<sup>78</sup>.

## 2.2. Con acceso electrónico directo

En los términos vistos de eficiencia previstos por el Grupo de Trabajo I de la CNUDMI<sup>79</sup>, con un número mínimo de trámites, unos plazos breves y precisos y a un bajo costo, el enfoque estaría centrado en la usuaria<sup>80</sup> y ésta tendría muy poca interacción con las autoridades competentes del registro. Bajo el principio de “acceso electrónico directo”<sup>81</sup>, el diseño de un sistema registral electrónico y eficiente permitiría a quienes estuvieran interesadas en emprender el envío de solicitudes desde cualquier computadora privada, además de desde las computadoras de uso público instaladas en las oficinas de los registros territoriales “o en otros lugares”<sup>82</sup>. “El acceso electrónico debería estar disponible de manera continua, con breves interrupciones para llevar a cabo las labores de mantenimiento previstas”<sup>83</sup>, o por suspensiones debidas

<sup>77</sup> A/CN.9/WG.I/WP.93, p. 20. Después, A/CN.9/940, párrafo 65.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Página 19 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017.

<sup>80</sup> “Enfoque centrado en el usuario” para la eficiencia “en función de los costos, rapidez y desempeño de los proveedores de servicios”, en el párrafo 9º de la Introducción del proyecto de Guía en su última versión, p. 7.

<sup>81</sup> Recomendaciones 37º y 38º de la Nota de 10 de abril de 2018, p. 62.

<sup>82</sup> Tanto en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015, pp. 20 y siguientes, como en la de 17 de julio de 2017, p. 68, o en la de 10 de abril de 2018, p. 61 (párrafos 185 y siguientes).

<sup>83</sup> Léase la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 7 de agosto de 2015 (A/CN.9/WG.I/WP.93/Add.1), p. 19. También la literalidad de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de las empresas de 7 de agosto de 2015 o la versión de 10 de abril de 2018, párrafo 164, p. 55 y Recomendación nº 32.

a causas de fuerza mayor<sup>84</sup>. De esas interrupciones o suspensiones debería darse aviso para lograr la máxima transparencia en el funcionamiento de este sistema electrónico de disponibilidad continuada<sup>85</sup>. El aviso con antelación de los períodos previstos de inactividad, el período máximo de suspensión del acceso registral y las disposiciones sobre la corrección de errores serían las “normas de servicio” que los Registros nacionales debieran establecer para alcanzar un funcionamiento transparente y fiable del sistema de inscripción<sup>86</sup>.

### 2.3. Con cualquier tecnología

Aparte de garantizar la disponibilidad continuada, cabría reflexionar – como reflexiona la CNUDMI<sup>87</sup>– sobre la posibilidad de que dicha inscripción fuera apta para la emprendedora mediante cualquier tecnología. La CNUDMI no recomienda una tecnología en particular<sup>88</sup>. Podría ser válida tanto cualquier tecnología actual como cualquier otra tecnología incipiente<sup>89</sup>. El tan universalizado acceso a los servicios de telefonía móvil permitiría una cómoda y rápida inscripción registral. Más allá del uso de la tecnología móvil, cabría deliberar –como delibera la CNUDMI<sup>90</sup>– sobre la viabilidad de sustituir los programas informáticos tradicionalmente utilizados por aplicaciones tecnológicas más complejas y novedosas como, por ejemplo, la computación en la nube. La informática en la nube reduciría los recursos necesarios para hacer funcionar un registro electrónico eficiente, toda vez que no habría de mantener una infraestructura tecnológica propia. No obstante, se advierte que la nube peca de inseguridad. Una sosegada deliberación habría de sopesar las ventajas, de minoración de los recursos económicos, y las desventajas, de los riesgos a cubrir por una incompleta seguridad de los datos en la nube almacenados<sup>91</sup>.

---

84 En el añadido de la Nota de 17 de julio de 2017, p. 67.

85 *Ibidem*, p. 19.

86 En la Recomendación séptima, en relación con el párrafo 45 de la página 18, de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

87 Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015 (A/CN.9/WG.I/WP.93), p. 21.

88 Según el párrafo octavo de la introducción (apartado A: “Finalidad de la presente Guía”) del Anexo del Proyecto de Guía en su última versión, de 10 de abril de 2018, p. 6.

89 Páginas 6 y 7 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

90 En el párrafo 69, p. 27, de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

91 En la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015, p. 21, se citó

El constante adelanto tecnológico acaso pudiera deparar el uso de las cadenas de bloques o, en su más conocido término en idioma inglés, *blockchain*<sup>92</sup>. Bien que aparecida esta *distributed ledger technology* (DLT) para el *bitcoin*, la expansión de su aplicación a terrenos distintos a esta criptomoneda o a otras como *Ethereum* no ha parado de crecer a un ritmo acelerado. Sin un registro centralizado, la potencialidad de esta tecnología se antoja inmensa<sup>93</sup> por su capacidad de extenderse y modularse a ámbitos muy dispares del original de la banca descentralizada. En la presente era de la descentralización, un método electrónico de registro de transacciones y de datos caracterizado originariamente por esa ausencia de centralización, como es esta tecnología *blockchain*, resulta aplicable a contornos externos al campo financiero en el que surgió en 2009. *Blockchain* no es solo una cuestión técnica sino jurídica. En las anchuras del terreno legal pudiera adentrarse en el campo del registro empresarial. En los anteriores debates del Grupo de Trabajo I de la CNUDMI en torno al proyecto de Guía Legislativa sobre los principios fundamentales de la inscripción registral empresarial se preguntó por la viabilidad de las cadenas de bloque en este específico entorno. Como respuesta a esta cuestión se consideró necesario seguir investigando a partir de las conclusiones que pudieran extraerse de las ponencias y los documentos de trabajo sobre las nuevas tecnologías presentadas al Congreso conmemorativo del 50º aniversario de la CNUDMI, celebrado

---

como análisis de los riesgos que conlleva el uso de la computación en la nube el siguiente estudio: INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Task manager's ICT toolkit for designing and implementing online registry applications*, IFC, Mars 3, 2015, p. 28. Sobre los convenientes e inconvenientes de la nube a este respecto, léase, asimismo, la posterior Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017, p. 29.

92 Recientes monografías redactadas o traducidas al castellano que ofrecen una visión amplia sobre los aspectos técnicos y prácticos de *blockchain* son: GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Entender blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, junio 2017; PREUKSCHAT, A. (coord.), *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017; PREUKSCHAT, A. (coord.), *Comunidad blockchain. El futuro de la criptoconomía descentralizada y las ICO's*, Íñigo Molero editor, 2018; TAPSCOTT, D., *La revolución blockchain. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la Economía global*, Deusto, febrero 2017. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, destacan estas dos obras de reciente publicación: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, 2018, 192 pp.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Aranzadi, 2018, 503 pp.

93 GARCÍA, E., "Blockchain. ¿De verdad es importante?", *Clifford Chance Advisor*, nº 7, 2017, p. 9, reconoce "su valor presente y su tremendo potencial futuro".

en Viena del 4 al 6 de julio de 2017. A partir de esas conclusiones, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría incluir en la versión de 2 de enero de 2018 del proyecto revisado de Guía Legislativa la referencia expresa a las “tecnologías incipientes, como la de los registros descentralizados, que los Estados puedan estimar conveniente adoptar cuando reformen sus sistemas de inscripción registral de empresas”, como así ha quedado reflejado también en la última versión de 10 de abril de 2018<sup>94</sup>. Ya antes había sido indicado que el Estado de Kuwait estaba planteando la posibilidad de usar esta tecnología para estos fines. Lo que no se expuso entonces es que Dubái también había identificado la *blockchain* para el registro de empresas como uno de sus proyectos piloto<sup>95</sup> ni que Estonia hace tiempo que lo emplea a este respecto.

#### **2.4. Con o sin intermediación notarial.**

Con independencia de la tecnología (móvil, de computación en la nube, de cadena de bloques o cualquier otra) a emplear en la inscripción registral, recordemos que el Grupo de Trabajo I de la CNUDMI<sup>96</sup> invita a que los Estados prevean un sistema de inscripción con acceso electrónico directo de la usuaria para facilitar la máxima rapidez en la formalización del emprendimiento, desde nuestro punto de vista femenino. El acceso electrónico directo aumenta la eficiencia del proceso, en tanto incrementa las posibilidades de acceso y reduce los costos de funcionamiento y mantenimiento<sup>97</sup>. En este acceso directo la CNUDMI abre la posibilidad de que intermediarios, como los notarios, realicen las inscripciones en nombre de sus clientes cuando la legislación de un país exija su intermediación<sup>98</sup>. También la Propuesta de Directiva europea de 25 de abril de 2018 respeta las tradiciones jurídicas nacionales de la participación del notario como intermediario en el procedimiento de registro<sup>99</sup>. Su intermediación no se exige en un buen número de países<sup>100</sup>, pero conocido es

---

<sup>94</sup> Páginas 6 y 7.

<sup>95</sup> En la referencia que a este proyecto piloto se hace en: FERNÁNDEZ HERGUETA, R., “El sector público y el uso de la *blockchain*”, PREUKSCHAT, A. (coord.), *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017, pp. 97-98.

<sup>96</sup> Antes en: A/CN.9/WG.I/WP.93, p. 21.

<sup>97</sup> En palabras redactadas en la página 69 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017.

<sup>98</sup> *Ibidem*. También en la p. 61 de la Nota de 10 de abril de 2018.

<sup>99</sup> Páginas 9 y 10 de la Propuesta de Directiva comunitaria.

<sup>100</sup> Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014, p. 14.

que no se prescinde de su intermediación en España como tampoco en otros países regidos por el sistema de *Civil Law*<sup>101</sup>.

La utilización opcional o, en su caso, la no utilización de los servicios notariales había sido aludida en la documentación preparatoria de la Guía Legislativa de la CNUDMI antes de su versión actual de 10 de abril de 2018, en particular, mediante la remisión a la recopilación de las mejores prácticas de inscripción registral de las empresas<sup>102</sup> de los países mejor situados en el *ranking* anual de la revista “*Doing Business*”; donde se cataloga a los países por la facilidad en la apertura de un negocio en función del número de procedimientos, del tiempo (en días) y del coste (en porcentaje de la renta *per cápita*). Pudiera objetarse y tildarse de “obsesión”<sup>103</sup> pretender la minoración de los plazos y los costes en la creación de una empresa con forma jurídico-societaria con base en esta clasificación estadística<sup>104</sup>, pero de lo que no cabe duda es que “ningún Gobierno puede ya desatenderse de la reputación que confiere al *Doing Business* el patrocinio del Banco Mundial”<sup>105</sup>.

---

101 Sabido es que los países que siguen el sistema de *Civil Law* son los que mantienen el notariado de corte latino-germánico. Vid. AA.VV., “¿Existe una función notarial europea?”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 75, septiembre-octubre 2017, pp. 3-4; LUCINI MATEO, A., “El traslado internacional del domicilio social dentro de la Unión Europea, a debate en el IV Congreso Notariado Europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 75, septiembre-octubre 2017, p. 64.

102 Léase, para este particular, el apartado D (pp. 14-15) del epígrafe IV de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014.

103 Puede existir “obsesión” (como obsesión tenemos) por agilizar al máximo la cumplimentación de los trámites de constitución de una sociedad sin olvidar (como no olvidamos) que las sociedades mercantiles pueden actuar en el tráfico mercantil cuando está pendiente su inscripción en el Registro Mercantil como sociedad en formación, bajo el régimen jurídico de la Ley de sociedades de capital contenido en sus artículos 36 a 38; aunque JORDÁ GARCÍA, R., “Empresas de economía social y constitución telemática de sociedades”, en PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> M.; GÓMEZ MANRESA, M. F. (dir./coord.), *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas*, Comares, 1 marzo 2014, p. 121 y nota a pie número 4, indicara que “existe obsesión por agilizar la cumplimentación [de los trámites notariales y registrales] olvidando, respecto a la agilización de la inscripción en el Registro Mercantil [...], que las sociedades mercantiles pueden funcionar, aunque esté pendiente el trámite de la inscripción en el Registro Mercantil”.

104 *Ibidem*.

105 En la matización final que incluyera YANES, P., “La sociedad limitada en la economía sostenible. Notas sobre una propuesta equivocada de un reformador impaciente”, *CDyC*, n° 54, 2010, p. 32.

Amén de simple y breve, es conveniente que el procedimiento electrónico sea de nulo o bajo coste para la emprendedora. Conviene que sea sin el cobro de tasas o, si se cobran, con tasas “suficientemente bajas” como para alentar o, al menos, no desincentivar la inscripción registral empresarial, en la matización general que introduce la Guía Legislativa de la CNUDMI<sup>106</sup>. La generalización se convierte en especificación en el apartado segundo del artículo 13 quáter de la Propuesta de Directiva europea de 25 de abril de 2018, en concordancia con su Considerando octavo: solo con el cobro del coste de la administración real de la presentación del correspondiente servicio administrativo.

Que el pago de los derechos notariales es uno de los principales elementos de la diferencia de los gastos de inscripción registral empresarial entre los Estados miembros de la Unión Europea fue comprobado en el *benchmarking the administration of business start-ups*, publicado en enero de 2002 por la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea<sup>107</sup>. Esta comprobación contribuye a la tendencia hacia la opcionalidad o, incluso, hacia la eliminación de la función notarial. Contribuye, cuando menos, a un debate que ponga sobre la mesa los convenientes e inconvenientes de la elección entre un sistema de verificación *ex ante* y otro *ex post*. El “sistema de aprobación” o sistema de verificación anterior a la inscripción otorga seguridad jurídica garantizando la fiabilidad y la autenticidad de la titularidad y de la información que sobre la sociedad a registrar van a tener a disposición los terceros que interactúen en el mercado, favoreciéndose la prevención de los delitos y las controversias en interés de esos terceros y del propio Estado. La actuación del notario no se limita a confirmar la identidad sino también a garantizar la legalidad del acto<sup>108</sup>. Pero, también el sistema sin autorización previa o “sistema declarativo” si pretende ser eficiente ha de saber garantizar la presentación al registro de información exacta sobre la identidad del solicitante y la transacción a rea-

---

106 Los párrafos 197 y siguientes, pp. 65 y siguientes, correspondientes al apartado VII de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018 están dedicados a las tasas en el sentido indicado en el texto principal.

107 Vid. JORDÁ GARCÍA, R., “Empresas de economía social...”, *op. cit.*, p. 14. Además, vid. EUROPEAN COMMISSION ENTERPRISE DIRECTORATE GENERAL, *Benchmarking the administration of business start-ups*, Centre for Strategy & Evaluation Services, January 2002, p. 10 (accesible en: [http://iwp-koeln.org/wp-content/uploads/EC\\_2002\\_BABSU.pdf](http://iwp-koeln.org/wp-content/uploads/EC_2002_BABSU.pdf) (última consulta: 13 septiembre 2018)).

108 Vid. AA.VV., “¿Existe una función notarial...?”, *op. cit.*, pp. 4-5.

lizar<sup>109</sup>. En un sistema declarativo, que conlleva simplificación y aceleración, las disposiciones legales han de ser capaces de garantizar la autenticidad de la información facilitada por la emprendedora y su titularidad real. La transparencia del “beneficiario final de una empresa” contribuye “a prevenir el uso indebido de los mecanismos societarios [...] con fines ilícitos”, en las palabras de la CNUDMI<sup>110</sup>; quien acentúa el carácter indispensable de una información de calidad, fiable y actualizada durante todo el ciclo de vida empresarial para fomentar la confianza de las usuarias en los servicios registrales<sup>111</sup>.

## 2.5. Con identificación electrónica

Sin una hipotética intervención física notarial podría plantearse su intervención mediante medios a distancia como la videoconferencia u otra técnica a distancia que permita la conexión en tiempo real, como planea el Considerando 13º de la Propuesta de Directiva de 25 de abril de 2018. Sea cual sea la técnica adoptada y el sistema aceptado, resultaría indispensable implantar algún método de autenticación electrónica para la confirmación de la identidad de la emprendedora solicitante. De ser el procedimiento registral totalmente electrónico, la solicitante de la inscripción sería responsable de la veracidad de los datos inscriptos, para quien podría preverse la aplicación de sanciones en caso de infracciones, en advertencia de la CNUDMI<sup>112</sup>. En orden a evitar riesgos, en especial, de fraude, abuso, blanqueo de capitales o suplantación de la identidad habría que diseñar mecanismos preventivos que condujeran a la identificación de la titularidad real.

Los esquemas digitales de identidad pueden clasificarse en tres categorías en función de su seguridad<sup>113</sup>: con un bajo nivel de seguridad estarían las

---

109 Al respecto, léase la nota a pie de página nº 26 (p. 7) de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014.

110 Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 7 de agosto de 2015, pp. 6-7.

111 *Ibidem*, p. 9.

112 Como así advirtiera la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017, pp. 91 y siguientes; y la previa de 7 de agosto de 2015, p. 20; o la posterior de 10 de abril de 2018 en sus Recomendaciones 45 y 46.

113 En atención a la clasificación que se realiza en: PAREJA, A. (et al.), *La gestión de la identidad y su impacto en la economía digital*, Banco Interamericano de Desarrollo, documento para discusión nº IDB-DP-529, agosto 2017, p. 15.



*passwords*; con un nivel intermedio de seguridad, los documentos electrónicos de identidad; y con un superior nivel de seguridad, *blockchain*. Ejemplos de unos u otros, empleados a los efectos registrales que nos ocupan, son el uso de la firma electrónica avanzada (como en Canadá o Chile)<sup>114</sup>, de un certificado digital con la asignación de una clave empresarial a modo de identificador único (como existe en Canadá o Australia)<sup>115</sup>, de la “*digital Id card*” incluida en el *kit* de “e-residente” de Estonia, o simplemente de un nombre de usuario y una contraseña apropiados como el RealMe *login y password* en Nueva Zelanda que facilita allí una veloz puesta en marcha de un negocio<sup>116</sup>. Las carencias ínsitas en una *password* podrían ser superadas mediante la firma electrónica en su modalidad más segura como firma cualificada o, incluso, mediante sistemas de control de la identidad de carácter biométricos, bien que tales sistemas de identificación biométrica probablemente hasta la fecha no sean ni fáciles ni baratos de implantar ni de generalizar<sup>117</sup>. A estas comprobaciones biométricas, por ejemplo, mediante huellas digitales, así como a las firmas electrónicas y los certificados electrónicos, además de a los nombres de usuario y contraseñas, o a los sistemas de notificación a las empresas inscritas de las modificaciones introducidas en su ficha registral se refiere la última versión del proyecto de Guía Legislativa para la protección de la identidad y la integridad de las empresas previniendo la usurpación de la identidad<sup>118</sup>.

Por su parte, la Propuesta de Directiva comunitaria sobre la utilización de las herramientas y los procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades propone contra el abuso, el fraude y las “sociedades fantasma” el control obligatorio de la identidad y la posibilidad de exigir la participación (digital)

---

114 En este sentido, en *ibidem*, p. 27, se ponen como ejemplos ilustrativos a Canadá o Chile. En la página 23 Canadá es nombrado como uno de los Estados con mejor desempeño en la inscripción empresarial en línea.

115 *Ibidem*, p. 24.

116 <https://companies-register.companiesoffice.govt.nz/help-centre/managing-your-online-account/setting-up-your-online-services-account/> (última consulta: 13 septiembre 2018).

117 Vid. LUCINI MATEO, A., “El documento público notarial en la perspectiva de la digitalización del Derecho societario europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 77, enero-febrero 2018, p. 146; donde se reproduce la conferencia que el autor dictara en el Colegio Notarial de Madrid el 11 de enero de 2018.

118 Páginas 15 y 16, párrafo 34.



de una persona (notario o abogado) en el proceso<sup>119</sup>. Conforme al artículo 13 ter, un Estado miembro deberá reconocer tanto los medios de identificación electrónica que hayan sido expedidos por un sistema de identificación electrónica del propio Estado como los medios de identificación electrónica expedidos por otro Estado que sean homologados y reconocidos según el artículo 6 del Reglamento (UE) 910/2014<sup>120</sup>, y podrá reconocer cualesquiera otros medios de identificación electrónica, como una copia escaneada del pasaporte, en el ejemplo añadido en el Considerando séptimo de esta Propuesta.

Garantizando un elevado nivel de seguridad y confianza<sup>121</sup>, la normativa interna tendrá que adaptarse a las nuevas tecnologías hasta configurar un proceso electrónico eficiente de constitución de las sociedades mercantiles. En ese proceso cumplirían un papel principal, de un lado, los formularios tipo autorrellenables<sup>122</sup> y, de otro lado, la ventanilla única empresarial (o VUE) virtual. Por una parte, habría que resaltar que el formulario tipo, a modo de “formulario único integrado”<sup>123</sup>, tendría que ser accesible por medios electrónicos habilitando –como en España está habilitado<sup>124</sup>– un modelo uniforme

---

119 En indicación de la página 4 de la Propuesta de Directiva, en concordancia con la página 14, donde se redacta el artículo 13 ter.

120 Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el Mercado Interior (DO L 257, 28 agosto 2014, pp. 73-114). Ese artículo 6 remite al artículo 9, en coordinación con el artículo 8 sobre los niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica, dividiéndolos en estos tres niveles: bajo (con grado limitado de confianza), sustancial (generador de sustancial confianza) y alto.

121 Preservando el nivel de control actual, precisaría ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S., “Presentación crítica de la Propuesta de la Comisión Europea sobre digitalización y operaciones transfronterizas (traducción del post en *European Law Blog*)”, *Blog Hay Derecho*, 27 junio 2018.

122 Obsérvese, *verbigratia*, la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de agosto de 2015, pp. 9-10; o la de 10 de abril de 2018, pp. 12-13, 19, 30.

123 Páginas 12 y 13 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

124 Por Orden JUS/1840/2015, de 9 de septiembre, se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de la sociedad de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social (BOE n° 219, 12 septiembre 2015, pp. 80471-80572 [RCL 2015-9803]); en concordancia con el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial

de estatutos sociales (y de escritura de constitución)<sup>125</sup> y debería ser autorrrellenable con posibilidad de personalización de manera electrónica, ágil y sencilla para su plena adaptación a las necesidades y peculiaridades de cada actividad empresarial. Por otra parte, alusión general a las VUE, como interlocutor único para la simplificación de la vida empresarial, hubo en la *Small Business Act* (SBA) que dictara la Comisión europea en 2008<sup>126</sup> (y revisara en febrero de 2011)<sup>127</sup>, donde se describieron como lugares donde “obtener toda la información pertinente y cumplimentar por vía electrónica todas las formalidades y los procedimientos necesarios”<sup>128</sup>. Nueva alusión a la VUE, como “interfaz única integrada” a modo de plataforma electrónica común para la inscripción de las empresas en el Registro y la comunicación con otras autoridades públicas competentes, hay en la documentación que plasma los trabajos que el Grupo de Trabajo I de la CNUDMI ha llevado a cabo y culmi-

---

y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva (BOE número 141, 13 junio 2015, pp. 49779-49786 [RCL 2015-6520]).

125 A los “modelos en línea de escrituras de constitución” se refiere el artículo 13 octies de la Propuesta de Directiva de 25 de abril de 2018, de forma añadida a los modelos de estatutos disponibles en línea (Considerando 11º) como opción para la utilización o personalización.

126 *Communication for the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Think Small First”: a “Small Business Act” for Europe* (SEC (2008) 2101) (SEC (2008) 2102) (COM (2008) 394 final, June 25, 2008, 24 pp.). La alusión a las VUE se plasmó en la página 11 de la redacción originaria de la SBA.

127 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Revisión de la “*Small Business Act*” para Europa (COM (2011) 78 final, 23 febrero 2011, 28 pp.). En orden a evaluar los progresos alcanzados, detectar los obstáculos persistentes y los desafíos pendientes y examinar las nuevas necesidades (pp. 2-3), la revisión de 2011 de la SBA alentaba (en la página 9) a los países miembros a establecer un interlocutor único mediante las VUE.

128 En el desarrollo de las VUE, como “portales de administración electrónica de fácil utilización para el usuario”, se incidiría en la revisión de 2011 de la SBA (p. 8). La creación de las VUE, configurando la denominada “Red EUGO”, era una de las obligaciones establecidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, 27 diciembre 2006, pp. 36-68), más conocida como: “Directiva de Servicios”. Con posterioridad su impulso se vino manteniendo por el Plan de Acción Europeo *e-Government* 2011-2015 (SEC (2010) 1539 final; COM (2010) 743 final, 15 diciembre 2010, 16 pp.), por la Agenda Digital en Europa y por las Agendas Digitales de los Estados miembros. Más detalles se hallan en el Portal EUGO: <http://www.eugo.es> (última consulta: 13 septiembre 2018).

nado para formular esta Guía Legislativa sobre los principios fundamentales del registro de empresas<sup>129</sup>.

Con tecnologías que presten servicios con confianza, veracidad y validez conforme a la legislación interna y europea<sup>130</sup>; con el uso de un “identificador único” de cada empresa<sup>131</sup>; con unos formularios tipo de estatutos sociales autorrellenables, personalizables y enviables por vía electrónica para su elevación a escritura pública digital; y con una VUE virtual accesible y apta desde cualquier dispositivo móvil se caminaría en dirección hacia un sistema único electrónico de constitución de sociedades mercantiles eficiente. La eficiencia requerida se dotaría de accesibilidad, economicidad y fiabilidad para la formalización del emprendimiento femenino.

### 3. CON UNA ENTIDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA SIMPLIFICADA

La rapidez a bajo coste de un modelo de inscripción registral exclusivamente electrónico, sin presencias físicas y sin papeles, ha de saber combinarse con una forma jurídica empresarial flexible y sencilla<sup>132</sup>, con el propósito de

---

129 Así, en la Recomendación nº 14 y las páginas 7, 12-13, 32 y siguientes, y 82 y 86 y siguientes de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018, donde se diferencian dos modalidades: “ventana única” o “mostrador único”, con un alto nivel de integración de los organismos competentes, y “puerta única”, con un espacio compartido en el que la solicitante trata a cada organismo por separado. Entre las ventanillas únicas en oficinas físicas y las ventanillas en plataformas electrónicas comunes se apuesta por las plataformas digitales por el mejor aprovechamiento de las ventajas de las TIC. Anteriormente, también puede leerse, a este respecto, la Nota de 10 de agosto de 2015, pp. 3-6; o la de 17 de julio de 2017, pp. 5, 8, 34 y siguientes.

130 Como sucede en el ecosistema de *blockchain* ALASTRIA, que se presenta en su página *web* como el “primer consorcio multisectorial promovido por empresas e instituciones [también notariales] para el establecimiento de una infraestructura semipública permitida *blockchain* que soporte servicios con eficacia legal en el ámbito español y acorde con la regulación europea”, y donde se manifiesta que “la “Red ALASTRIA” va acompañada del estándar de identidad digital “ID ALASTRIA” para que las transacciones sobre la Red ALASTRIA puedan tener validez legal”. <https://alastria.io> (última consulta: 13 septiembre 2018).

131 Párrafos 94 y 98 y siguientes (pp. 35 y ss.) y Recomendaciones 15 y 16 de la Guía en su versión de 10 de abril de 2018.

132 La Recomendación nº 57 (ap. C, párrafos 240 a 243) de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018 enfoca las formas jurídicas empresariales flexibles como complemento del registro electrónico empresarial.

incrementar las cotas de formalización del emprendimiento, desde nuestro enfoque, femenino. Desde esta finalidad principal se percibe la necesidad y conveniencia de configurar un marco jurídico-societario ágil y maleable. Ello podría trastocar, hasta reestructurar, la tipología societaria decimonónica de las denominadas “sociedades de capitales”; cuyo *nomen*, incluso, podría variar si se desmontara –como la Guía Legislativa de la entidad de responsabilidad limitada o ERL-CNUDMI alienta a desmontar– el principio del capital social mínimo legal. La facilitación de la inscripción registral “se agarra de la mano” con la simplificación de las formas jurídicas y esta simplificación implica la derogación del requisito de capital mínimo o, cuando menos, de la reducción de su cuantía a una “suma simbólica”<sup>133</sup>.

El hecho de que en nuestra geografía abunden las empresas que no acogen ningún molde societario para desenvolver actividades económicas<sup>134</sup>, actuando bajo las mínimas reglas del empresario (en nuestro caso, empresaria) individual sin el gozo del beneficio de la responsabilidad limitada –en tanto la figura del emprendedor de responsabilidad limitada (también en siglas “ERL”) goza de escaso éxito en la práctica<sup>135</sup>–, junto con el hecho de que en ocasiones se constituyan sociedades mercantiles fuera del territorio nacional buscando en el extranjero normas más livianas, nos detiene a pensar. El pensamiento no nos conduce a sostener que todos los “males” sean a causa del vigente modelo europeo-continental de capital legal social sino derechamente hasta una regulación en la que falta más flexibilidad. La complejidad todavía inherente en nuestro Derecho societario es un coste en sí mismo a considerar. Se echa de menos un régimen jurídico que, sin descuidar un ápice los intereses ni de los socios ni de los terceros acreedores, esté dotado de reglas dispositivas que maximicen la autonomía de la voluntad, ahorrando costes administrativos y cargas burocráticas no solo en el momento fundacional sino a lo largo de la

---

133 Párrafos 240, 241 y 242 de la Nota citada *supra* en la nota a pie de página previa.

134 Conforme al Directorio Central de Empresas (DIRCE), a 1 de enero de 2017, de las 3.279.120 empresas españolas, 1.746.657 eran personas físicas actuando como empresarios individuales, representando el 53,3% del total. Vid. MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, *Retrato de la PYME, a 1 de enero de 2017*, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2018, p. 3.

135 Atendiendo a: REGISTRADORES DE ESPAÑA, *Estadística Mercantil. Ejercicio 2016*, 2017, p. 3, durante 2016 se inscribieron un total de doce ERL en el territorio nacional. Un año después se inscribirían otras quince ERL, según: REGISTRADORES DE ESPAÑA, *Estadística Mercantil. Ejercicio 2017*, 2018, pp. 2-3.

vida de la sociedad<sup>136</sup>, favoreciendo la formalidad, la competitividad y la productividad empresarial.

### **3.1. Con personalidad jurídica y responsabilidad limitada.**

Tras el proceso de inscripción *on-line* en el Registro Mercantil provincial de que se trate, en función del lugar donde se sitúe el domicilio social, una sociedad suficientemente flexible y simplificada como la planteada por la CNUDMI adquiriría su plena personalidad jurídica para actuar en el tráfico mercantil. La sociedad mercantil simplificada tendría personalidad jurídica y actuaría con responsabilidad limitada. Sabido es que la necesidad ampliamente sentida en el tráfico mercantil que aspira cubrirse con la configuración de una persona jurídica es la actuación con responsabilidad limitada por parte de quienes dan inicio a una actividad empresarial y quieren resguardar su patrimonio personal. Si se pretende (como el proyecto de Guía Legislativa de la ERL-CNUDMI pretende) que un nuevo régimen jurídico resulte presto, útil y seguro para el emprendedor (en este caso, emprendedora), rasgo inherente del planteamiento de una figura jurídica simplificada debe ser la responsabilidad limitada.

### **3.2. Con objeto social general**

Una arquitectura societaria sin pérdida ni de la personalidad jurídica ni de la responsabilidad limitada y con ganancia de la simplicidad y la flexibilidad

---

<sup>136</sup> El Informe, de 23 de noviembre de 2000, del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento en relación con el reexamen del proyecto SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*) (Final A5-0351/2000) reñó, en el Considerando B y en la Exposición de Motivos, cómo “las investigaciones llevadas a cabo por la OCDE demostraban que entre el 4% y el 6% del producto interior bruto de los Estados miembros de la Unión Europea es absorbido por los trámites burocráticos. Estos trámites perjudican a la competitividad de las empresas en el mercado mundial y constituyen una amenaza para el empleo”. Por ello, propuso “la lucha contra la legislación superflua y la limitación de los costes que conlleva la aplicación de la legislación”. Desde noviembre de 2006, la Comisión Europea se sumergió en la estrategia “*Better Regulation in the European Union*” con la pretensión de simplificar las medidas legislativas y los costes económicos, comprobando que había potencial para la reducción administrativa en el Derecho societario, en disposiciones como las relativas a la constitución de las sociedades mercantiles.

configuraría a la nueva forma jurídica propuesta. La flexibilidad a imprimir se desenvolvería a partir de la capacidad de elección de un objeto social amplio y general por parte de los socios, en caso de sociedad pluripersonal, o del único socio, si de sociedad unipersonal se tratase. La amplitud del objeto social tendría como límite infranqueable la licitud de la actividad o de las actividades a desarrollar. El objeto social podría abarcar cualesquiera actividades lícitas, con la excepción de aquellas para las que la legislación especial precisare el formato de sociedad anónima o aquellas que para su ejercicio requirieran un objeto social único y exclusivo<sup>137</sup>. Dentro de la anchura que proporciona una “cláusula de objeto de carácter general”<sup>138</sup> la actividad comercial o industrial podría variar una y otra vez sin necesidad de modificación estatutaria por cambio del objeto social y sin ser su sustitución ni su modificación sustancial causa legal de separación del socio disconforme<sup>139</sup>. Por estos motivos –que facilitan, en último extremo, la inscripción registral de las empresas<sup>140</sup>–, definen de una “cláusula de finalidad general” el proyecto de Guía Legislativa sobre la ERL-CNUDMI.

Si se nos permite hacer un breve *excursus* para descender desde el ámbito internacional al nacional, advertiremos cómo para las sociedades personalistas no exige el artículo 125 de nuestro Código de Comercio mención del objeto social en la escritura social. Solo se menciona si está determinado, pero no se precisa que el objeto lo esté<sup>141</sup>. Dentro de la panoplia de las sociedades capitalistas, para el caso particular de la sociedad limitada nueva empresa (SLNE) –como subtipo de la SRL– el párrafo cuarto del apartado sexto de la Exposición de Motivos de la (derogada) Ley 7/2003 que la configuró proclamó la flexibilidad del objeto social. Goza de un objeto social necesario<sup>142</sup>,

---

137 Conforme queda excluido para la sociedad limitada nueva empresa en el artículo 436.3 LSC.

138 Vid., por todos, el siguiente documento: A/CN.9/WG.I/WP.92/Add.2, pp. 24-25.

139 Que sí es causa legal de separación en el artículo 346.1.a) LSC, en la redacción proporcionada por el artículo 1.17 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto (BOE nº 184, 2 agosto 2011, pp. 87462-87477 [RCL 2011-13240]).

140 En la referencia del párrafo 243, pp. 77-78, de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018 sobre los principios fundamentales de un registro de empresas.

141 Artículos 136 y 137 del Código de Comercio y 209.4º del Reglamento del Registro Mercantil.

142 Aplicamos el adjetivo “necesario” al objeto social para destacar su obligada mención en los estatutos sociales de la SLNE. El objeto social es una “mención esencial, casi constitucional”, comentaría, en general, BROSETA PONT, M., “Determinación e indeter-

amplio, genérico y difuso por la posibilidad de escoger todas o algunas de las actividades que lista el apartado primero del artículo 436.1 de la Ley de sociedades de capital (LSC): agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial<sup>143</sup>, turística, de transporte, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general. Existe, además, la facultad de incluir como objeto social potestativo cualquier actividad singular distinta a las citadas<sup>144</sup>, siempre que no sea ni una actividad para la que la ley exija la forma de sociedad anónima (bancaria, aseguradora, farmacéutica, de gestión de fondos de pensiones o de *leasing*, verbigracia) ni una actividad cuyo ejercicio implique un objeto único y exclusivo<sup>145</sup>.

La flexibilidad del objeto social tanto de la SLNE como de la sociedad simplificada planteada conduce hacia la indeterminación. Un objeto social amplio y genérico chirría en un clásico sistema mercantil<sup>146</sup> acostumbrado tradicionalmente a un objeto social determinado<sup>147</sup> y negado a admitir la inclusión de la “realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio” o de “expresiones genéricas”<sup>148</sup>. La determinación del objeto social ha venido sirviendo como medio para la delimitación del ámbito de representación del

---

minación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las sociedades anónimas españolas”, *RDN*, 1970, p. 9.

143 MARÍN CALERO, C., “Ley de la sociedad limitada nueva empresa”, *RJN*, nº 47, julio-septiembre 2003, p. 239, resaltó cómo, por ejemplo, la actividad comercial, más que amplia, es una actividad de las que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) califica como “omnicomprensiva”. Asimismo, vid. SAPENA DAVÓ, F., “La Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa”, *RJCV*, nº 7, 2003, p. 37. Acerca del carácter genérico de la actividad comercial, industrial, de profesionales o de servicios en general, véase: OLAVARIA IGLESIA, J., “Artículo 132. Objeto social”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentarios a los artículos 130 a 144 y a las Disposiciones adicionales 8ª a 13ª de la LSRL*. Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 63-64.

144 Apartado segundo.

145 Apartado tercero.

146 Y civil, según el artículo 1273 del Código Civil.

147 Artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil. Como comentara el profesor ILLESCAS ORTIZ, R., “La sociedad anónima de objeto plural”, en *AAMN*, T. XXXIV. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, pp. 120-121, una rígida aplicación de la regla de determinación del objeto social se encuentra hoy menos justificada que antes de 1989, cuando el (derogado) texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (TRLSA) reformó el Reglamento del Registro Mercantil anterior al vigente.

148 Artículo 117.3º del Reglamento del Registro Mercantil.



órgano de administración<sup>149</sup>, para la concreción de la prohibición de competencia efectiva de los administradores<sup>150</sup>, para el ejercicio del derecho de separación<sup>151</sup> o como causa de disolución<sup>152</sup>. La indeterminación sirve, por el contrario, a diversos intereses en juego<sup>153</sup> y, por lo que aquí más importa, beneficia a las sociedades de reciente creación, presionadas en no pocas ocasiones por el mercado a cambiar de actividad empresarial y, por ello, a alterar el objeto social, en ocasiones, varias veces durante sus primeros años de andadura<sup>154</sup>. Si ello es así en un mercado estable, más aún lo es en un mercado caracterizado por un continuo y rápido cambio como es el tecnológico. La amplitud del objeto social conllevaría, sin duda, una gran ventaja para las sociedades que inician y maduran sus actividades empresariales en el entorno digital. No solo requieren rapidez en el momento del nacimiento mediante un procedimiento registral por completo electrónico sino que ha de ser también una constante en el desenvolvimiento de las distintas fases empresariales con el ánimo de alargar el ciclo de vida empresarial para lograr perdurar. Necesitan (sobre todo, las empresas digitales) anticiparse y ajustarse a las variantes singularidades del mercado mediante cambios de las actividades a desempeñar sin cambios del objeto social que requieran variación previa de los estatutos sociales y posible posterior movimiento, por separación por no conformidad, del número de socios.

---

149 Artículo 234.1 LSC.

150 Artículo 229.1.f) LSC, como antes el artículo 65.1 de la antigua Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995 (LSRL).

151 Artículo 346.1.a) LSC.

152 Artículo 363.1, letras a) y b) LSC; como con anterioridad a la entrada en vigor de la LSC, los artículos 260.1.3º TRLSA y 104.1.c) y d) LSRL).

153 RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Determinación estatutaria del objeto social”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coord.), *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*, Civitas, 1991, pp. 150-151, realizó un listado con los intereses a los que servía la indeterminación del objeto social. Entre estos intereses destacó la posibilidad de que las pequeñas empresas destinasen su patrimonio “a la realización de actos, negocios y contratos indeterminados, esto es, en definitiva, a cualquier tipo de actividad”. Unas páginas después (pp. 154, 156, 159) el citado profesor inclinó (ligeramente) la balanza hacia la determinación, sobre todo, en las sociedades de grandes dimensiones; declarando, al tiempo, que tanto la mayor parte de la doctrina de esa época como la DGRN habían optado decididamente por la determinación.

154 Como así comentara en relación con las pequeñas nuevas empresas el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, por la que recordemos se configuró primigeniamente la regulación de la SLNE antes de su traslación en 2010 a la LSC.



Está prevista en el subtipo de la SLNE la continua muda de actividad sin obligación de realizar sucesivas modificaciones estatutarias por cambio de objeto social<sup>155</sup>. Pero, consideramos que si el fin último era –como así defendía la Exposición de Motivos de su primigenia Ley– “permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes”, no hubiera hecho falta un catálogo de actividades como el que para ellas marca el transcrito artículo 436.1 LSC. Sin catálogos, el artículo 117.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) da facilidades para incorporar a los estatutos un objeto social plural o complejo, esto es, con actividades diversas, aun sin relación entre sí<sup>156</sup>. Con la base jurídica de este último precepto, no hay obstáculos para admitir sociedades con un objeto social plural o complejo, siempre que ello no derive indirectamente en la indeterminación del objeto. Pluralidad, complejidad, amplitud y, en suma, indeterminación del objeto social por flexibilidad es, sin embargo, lo que se busca para una nueva sociedad mercantil prevista para actuar en el escenario de la moderna era tecnológica. Sin catalogación, la licitud de la actividad es la única línea a no traspasar. Con licitud, el paso de una a otra actividad no implicaría modificación de los estatutos. No se requiere la modificación estatutaria, por cambio de objeto, tampoco para la SLNE, pero para ella ni siquiera se permite modificación alguna de los estatutos, a excepción de la denominación, el domicilio o el capital social, dentro, éste último, de los límites mínimo y máximo legales permitidos<sup>157</sup>. Modificaciones estatutarias no tanto para el objeto social (que sería general), pero sí para los demás extremos estarían permitidas, en cambio, para la sociedad simplificada que desde este estudio vamos esbozando. Esos extremos no alcanzarían, al modo en el que hoy alcanzan, al capital social, empero. Sin capital social mínimo (ni máximo) legal se desenvolvería (no solo transitoriamente en sus orígenes como lo hace la sociedad limitada de formación sucesiva o SLFS) la ERL ideada por la CNUDMI.

### 3.3. Sin capital social mínimo legal

La tendencia actual de la que se ha hecho eco la CNUDMI en esta segunda propuesta de Guía Legislativa en estudio (como antes las instituciones eu-

---

<sup>155</sup> En la nota de prensa de “El Gobierno informa” de 13 de enero de 2003, el Ministerio de Economía cifró en torno a los cuatrocientos ochenta euros el ahorro que suponía no estar obligado a efectuar una modificación estatutaria por cambio de objeto social.

<sup>156</sup> Como puntualizaría RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Determinación...”, *op. cit.*, p. 164.

<sup>157</sup> De conformidad con el restrictivo artículo 450.1 LSC.

ropeas en la propuesta olvidada de Directiva de SUP) hace presagiar que la respuesta futura irá encaminada a menguar el papel del capital social como salvaguardia de los acreedores e inversores. La determinación legal de un capital mínimo –que actúa como cifra preventiva de retención incorporada como dato técnico al balance– junto a su integridad y mantenimiento exigen un esfuerzo que muchas veces no halla eco en el tráfico económico. El carácter formal y fijo del capital encorseta la gestión social, aumenta los costes y hace perder eficacia y competitividad empresarial sin que, como contrapeso, se desprenda una protección real del acreedor en la *praxis* societaria<sup>158</sup>. En las palabras de ALONSO LEDESMA, “el instituto del capital social [...], con su cifra mínima exigida, no es más que una mera ilusión óptica de solvencia y garantía”<sup>159</sup>. No es de extrañar que se asevere que el capital hace tiempo que ha entrado en “crisis”<sup>160</sup>. “El instituto [del capital] se encuentra en estos momentos sumido en una profunda crisis que puede hacer de él una reliquia

---

158 Vid. ALONSO LEDESMA, C., “Propuesta de modificación de la Segunda Directiva de sociedades relativa a la constitución de la sociedad anónima y al mantenimiento y modificación de su capital”, *RdS*, nº 24, vol. 1, 2005, p. 512. Asimismo, léase: RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El fenómeno de la adquisición derivativa de acciones propias. La Directiva 2006/68/CE modificadora de la Segunda Directiva sobre el Derecho de sociedades y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, *RdS*, nº 27, vol. 2, 2006, p. 238, para quien “la vigente disciplina sobre el capital social [...] resta agilidad a la gestión social sin que cumpla en la práctica la función de protección de los acreedores que tradicionalmente se le ha asignado”. También, VELASCO SAN PEDRO, L. A., “La reforma de la asistencia financiera en Europa”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, Universidad Complutense, nº 2006/5, diciembre 2006, p. 7. Por su parte, con un argumento de estricta eficiencia económica, ENRIQUES, L.; MACEY, J., “Creditors versus capital formation: The case against the european legal capital rules”, en *Cornell Law Review*, nº 86, 2001, pp. 1165 y siguientes, pondrían el acento en los costes asociados a las reglas europeas sobre el capital social.

159 Vid. ALONSO LEDESMA, C., “Propuesta...”, *op. cit.*, pp. 512-513, donde se citó, en la nota a pie de página nº 9, este estudio doctrinal: KÜBLER, F., “A comparative approach to capital maintenance: Germany”, en *European Business Law Review*, 2004, p. 1034.

160 Vid., por todos, ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, octubre 2007, pp. 131-136; ESCRIBANO GÁMIR, R. C., “La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada”, *RdS*, nº 28, vol. 1, 2007, p. 168; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El fenómeno de la adquisición derivativa...”, *op. cit.*, p. 238, quienes utilizarían la noción de “crisis”.

destinada a formar parte de un museo arqueológico del Derecho societario”, comentaría la citada profesora<sup>161</sup>. La “crisis” que acecha al capital o, en palabras menos dramáticas, su cuestionamiento no es nuevo, viene de lejos en el tiempo, pero se ha intensificado en los últimos tiempos a raíz de la búsqueda y el encuentro de otras alternativas<sup>162</sup>.

Sin un régimen de mantenimiento o integridad del capital, la tutela externa de los acreedores habría de venir sustentado en el siguiente trípode: primero, la transparencia financiera basada en los principios de información y veracidad contable; segundo, los deberes fiduciarios de los administradores, en el sentido de una estricta responsabilidad a cambio del gozo de libertad en sus actuaciones; y, tercero, los conocidos “test de solvencia” que impiden cualquier reparto a los socios si, con ello, queda amenazada de forma directa la solvencia empresarial y, en consecuencia, los intereses de los acreedores<sup>163</sup>.

Habiéndose propuesto la no exigencia de capital mínimo para la existencia y subsistencia de la planteada sociedad simplificada, no habría necesidad de realizar aportaciones de capital. Los socios o, en la condición de unipersonalidad, el único socio no estaría/n obligado/s a hacer aportación patrimonial alguna. A su libre decisión quedaría aportar o no y, en caso de aportar, la forma, el tiempo y el valor de esa aportación. En dinero en efectivo, en créditos, en bienes materiales o inmateriales, en ejecución de obras, servicios prestados o a prestar podrían consistir, en un listado no tasado, las aportaciones decididas para las que no se requeriría, salvo acuerdo expreso en contrario, valoración mediante un informe de experto independiente.

El clásico principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes sería el que regiría tanto para la aportación como para la distribución de las ganancias que, en su caso, consiguiera la sociedad simplificada durante el curso de sus negocios. En el planteamiento que el proyecto de Guía Legislativa hace de la ERL-CNUDMI, el común acuerdo es el principio supremo y, a falta de él, la participación en igualdad en el patrimonio y en la distribución de las utilidades, pudiéndose aprobar por acuerdo de los miembros la cantidad, el tiempo y la forma (en efectivo o en bienes) de la distribución de los beneficios<sup>164</sup>. Una

161 Vid. ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 131.

162 Como tuvimos ocasión de desarrollar en: GARCÍA MANDALONIZ, M., “El cuestionado sentido...”, *op. cit.*, pp. 253-347.

163 Consúltese: ALONSO LEDESMA, C., “Propuesta...”, *op. cit.*, p. 512.

164 Recomendación n° 19 del proyecto de Guía Legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada de la CNUDMI, de 25 de julio de 2016, p. 10 (A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1)

norma imperativa existiría para la protección de los terceros, empero. Para su máxima protección contra una posible distribución indebida de utilidades, no podría haber distribución en caso de insolvencia o de balance negativo. También –se recuerda– la prueba del balance y la exigencia de la firma de declaración de solvencia fueron incluidas en la propuesta de Directiva de la sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada para garantizar “un elevado nivel de protección a los acreedores” y, por ende, la reputación de esa *societas unius personae* o SUP que hubiera podido contar con un capital social simbólico de un euro<sup>165</sup>. Bajo esta estela de los test de balance y solvencia, a la sociedad simplificada ahora planteada por la CNUDMI no se le permitiría distribuir utilidades si, al hacer la distribución, no estuviera en condiciones de pagar las deudas en el momento de su vencimiento o si el activo total fuese inferior a la suma del total del pasivo<sup>166</sup>. De contrariarse esta prohibición, la obligación de devolución del monto indebidamente distribuido recaería sobre los miembros que lo hubieran percibido<sup>167</sup>. Una doble matización incorpora la Guía Legislativa, acto seguido: ni el pago de una remuneración razonable por los servicios prestados ni la suma adeudada de buena fe por la ERL-CNUDMI a alguno de sus miembros podría considerarse distribución de utilidades y, en consecuencia, no sería de aplicación la citada regla de la devolución.

#### 4. PARA EL EMPODERAMIENTO ECONÓMICO FEMENINO

El nuevo marco jurídico-societario meramente bosquejado tiene como sustento la flexibilidad y la sencillez tanto en la constitución como en la organización societaria para responder a las particularidades y los requerimientos de las empresas emergentes. La flexibilidad y la simplicidad conducen hacia la innovación. El enfoque legislativo innovador para la constitución de una sociedad que permita dar una óptima respuesta a las mujeres emprendedoras que van a desenvolver sus actividades empresariales en un entorno económico como el actual, cada vez más variable y acelerado, ha de trasladarse también a la organización interna de la sociedad que se constituye. Las ventajas de la flexibilidad y la simplicidad también han de poder evidenciarse en lo que a la configuración societaria se refiere. A ellas pueden unirse las inherentes al

---

165 Exposición de Motivos y artículo 16 de la Propuesta de Directiva de SUP de 9 de abril de 2014.

166 Recomendación nº 20 (pp. 10-11).

167 En la Recomendación nº 21 del proyecto (pp. 11-12).

empleo de las TIC en los órganos sociales, esto es, el órgano de administración y la junta general, en cuanto que estas modernas técnicas promueven la aceleración del tiempo, la facilitación de la forma y las funciones, y la desmaterialización del lugar<sup>168</sup>.

Las características esenciales de la reforma innovadora que propone la CNUDMI en sus dos citadas Guías Legislativas son, de una parte, una inscripción registral electrónica eficaz con identificación *online* del titular real con el fin de reducir los costes y trámites administrativos en la constitución y, de otra parte, una sociedad con personalidad jurídica y responsabilidad limitada modulable en su organización interna, con objeto social general y sin capital social mínimo legal. Una vez identificados estos rasgos principales se agregarían otros rasgos complementarios. Complementarios que se sumarían al de sin capital mínimo legal serían el de sin valor nominal, el de sin efectiva aportación patrimonial y el de reforzamiento de la responsabilidad de los administradores para una adecuada tutela de los acreedores. En suma y en palabras de este organismo internacional<sup>169</sup>: “Transparencia y rendición de cuentas, formas jurídicas flexibles y cláusulas de objetivos generales [...], reducción o eliminación de los requisitos de capital mínimo, utilización opcional de los servicios notariales, un sistema declarativo y una legislación clara”.

#### 4.1. Con una “legislación clara”

Por una “legislación clara” aboga la CNUDMI<sup>170</sup>; por una “legislación inte-

---

168 Como así comentáramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la Junta General”, *RCE*, n° 57, 2005, p. 64; aludiendo en su primera nota a pie de página al Informe WINTER, que huelga recordar que fue elaborado por el denominado “Grupo de Expertos de Alto Nivel en Derecho de Sociedades” y creado por la Comisión Europea en septiembre de 2001, en el marco de un Plan de Acción sobre Derecho de Sociedades impulsado por la Unión Europea. El Informe se publicaría, el 4 de noviembre de 2002, bajo el título: “*On a modern regulatory framework for Company Law in Europe*”.

169 Nota de la Secretaría de CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014, p. 25.

170 Conforme a las páginas 25 y 26 de la Nota de la Secretaría de CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014; o a la página 23 de la Nota de la Secretaría de 10 de agosto de 2015. También en los apartados XI y b), correspondientes a los párrafos 237 a 239, y en la Recomendación n° 56 de la Nota de la Secretaría de 10 de abril de 2018, pp. 76-77.

ligente” aboga la Comisión europea<sup>171</sup>. Las patas de la legislación inteligente están centradas en aligerar, simplificar y abaratar el Derecho hasta alcanzar una legislación clara y accesible<sup>172</sup>. A la claridad y la accesibilidad añadiríamos nosotros la movilidad. Sería una legislación “móvil” o “movible” por su aptitud para la fácil y ágil modificación (mediante acuerdos de los socios sin requerir la unanimidad) inherente a la flexibilidad emanante de la libertad de pactos reinante. La legislación inteligente –que ha de ser clara y accesible– sería dispositiva y de mínimos. Este enfoque legislativo habría de tomar en cuenta la evolución de la tecnología. La movilidad habría de suponer adaptabilidad a la vertiginosa evolución tecnológica bajo los principios generales de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica<sup>173</sup>.

Claridad, accesibilidad, movilidad o adaptabilidad serían los calificativos a acompañar a los Derechos societarios nacionales. Pero, para la hipótesis en que se atisbaran relevantes reticencias en la *praxis* para la revisión de los Derecho de sociedades internos en vigor en orden a insertar a la ERL-CNUDMI en los términos esbozados, convendría caracterizarla como una figura asociativa. En tal supuesto, sin alterar el Derecho codificado ni “descodificado” de sociedades mercantiles, convendría construir un Derecho independiente de “entidades” simplificadas con personalidad jurídica y responsabilidad limitada. La idea y querencia de la independencia no es propia sino apropiada del proyecto de Guía Legislativa de la ERL-CNUDMI. En ella se acentúa que no sería necesaria su vinculación con el Derecho de sociedades vigente y que, incluso, sería lógica su desvinculación<sup>174</sup>. La innovación requeriría, más que reformulación, desconexión de los vigentes Derechos de sociedades.

Las características esenciales de la reforma que propone la CNUDMI para la “entidad” (que no “sociedad”) de responsabilidad limitada son concomi-

---

171 En la denominación de la Comunicación de la Comisión europea de 8 de octubre de 2010: “Normativa inteligente en la Unión Europea” (COM (2010) 513 final, 8 octubre 2010), donde se propuso caminar hacia una legislación inteligente que necesariamente había de ser clara y accesible (p. 9).

172 *Ibidem*, p. 9.

173 En el apartado D), titulado: “Un enfoque legislativo que tenga en cuenta la evolución de la tecnología”, correspondiente a los párrafos 244 y 245 de la reseñada Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018, p. 78, en coordinación con su Recomendación última, la n° 58.

174 Páginas 8-9 del Informe del Grupo de Trabajo I (Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas) sobre la labor realizada en su 27º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2016).

tantes, en líneas generales, con algunas de las que en el pasado reciente planteó la Comisión europea para la sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada<sup>175</sup> (SUP), que fueron rechazadas. Para evitar el rechazo, la CNUDMI no plantea una “sociedad” sino una “entidad”. Omite con intención el término “sociedad” y emplea con consciencia –desde el *nomen iuris*– el término neutro de “entidad” para visibilizar la separación que pretende. Bajo el principio de “neutralidad terminológica” que busca consolidar no habría “sociedades” sino “entidades”, no habría “socios” sino “miembros”. Procede del vocablo latino “*entitas*”, una “entidad” es –en el cuarto significado que la Real Academia Española de la Lengua ofrece– un “ente o ser” y –en el primero de los significados ofrecidos– una “colectividad considerada como unidad y, en especial, cualquier corporación, compañía o institución, tomada como persona jurídica”. Entidad de naturaleza societaria es la compañía mercantil; entidad de naturaleza no societaria sería la ERL-CNUDMI.

Desconectado de los vastos contornos del vigente Derecho de sociedades se diseñaría, entonces, un Derecho de entidades de responsabilidad limitada. Serían dos compartimentos estancos que correrían paralelos, aunque creemos que el Derecho de entidades simplificadas guardaría reminiscencias del Derecho de sociedades del que trataría de desprenderse para independizarse, y al que tendría que retornar de modo supletorio para cubrir sus lagunas. En cualquier caso, el propuesto por la CNUDMI sería un Derecho de entidades empresariales de constitución y organización simplificada que gozarían de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada con objeto social general y que, en función de la libertad contractual, tendrían o no ánimo de lucro, capital social y aportes patrimoniales.

El Derecho de las entidades de responsabilidad limitada perseguiría encauzar y no encallar la iniciativa empresarial. Se instauraría, a modo de atalaya, como legislación vigilante e incitante, defensora y fortalecedora de los diversos sectores empresariales, desde los más tradicionales hasta los más técnicos y tecnológicos. Con los caracteres expresados sería de utilidad para

---

175 ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la “*Societas Unius Personae*”: las cuestiones más polémicas”, *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n° 60, marzo-abril 2015, pp. 148-151, resumió las características principales de la SUP en: “simplificación administrativa en la creación de empresas; apertura a la electrificación del proceso de fundación de la sociedad; revisión de la función del capital social; libre elección del domicilio social registral; flexibilización del funcionamiento y nuevas vías para la tutela de los acreedores reforzando la responsabilidad de los administradores”.



las emprendedoras que se abren camino en los mercados exteriores sin merma de los interiores, en lo que viene denominándose como “glocalización”<sup>176</sup>. En la estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que la Comisión propusiera en marzo de 2010 para la “Europa 2020”<sup>177</sup>, la iniciativa sobre una política industrial para la era de la mundialización<sup>178</sup> acentuó la demanda de una base empresarial capaz de competir y triunfar en el mercado globalizado o, mejor dicho, “glocalizado”. Porque “las empresas nuevas y jóvenes representan un ingrediente clave para la recuperación rica en empleo”<sup>179</sup>, el enfoque primordial ha de ser configurar y estimular un ecosistema jurídico que les permita perdurar y crecer<sup>180</sup>. Hacia la consecución de esta aspiración –planteada en el Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020<sup>181</sup>– habrían de encauzarse los esfuerzos de los legisladores nacionales en el terreno mercantil, simultáneamente complementados en el campo administrativo con la dotación de mayor rapidez y sencillez en la solicitud y concesión de las licencias pertinentes para dar inicio a las actividades empresariales.

Con la vista puesta en la configuración de un ecosistema jurídico capaz de apoyar a las “*start-up*” a emerger como “*scale-up*”<sup>182</sup> en esta era vivida –y por vivir– de la conexión y la descentralización, discurre en el ámbito jurídico-privado el trayecto marcado por las Guías Legislativas de la CNUDMI sobre la entidad de responsabilidad limitada y los principios fundamentales de la inscripción registral de las empresas que en la presente investigación ha sido tan solo dibujado. Este doble trayecto se muestra en buena sintonía con la

---

176 Como suma de las expresiones “globalización” y “localización”.

177 COM (2010) 2020, 3 marzo 2010.

178 Esta iniciativa emblemática fue planteada en las páginas 19 y 20 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Plan de Acción sobre emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa” (COM (2012) 795 final, 9 enero 2013).

179 En la literalidad de la página 29 del Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020.

180 El Plan de Acción sobre emprendimiento 2020 fue plenamente consciente de que “a las empresas les falta a menudo un ecosistema que les permita crecer” (p. 11).

181 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Plan de Acción sobre emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa” (COM (2012) 795 final, 9 enero 2013), 36 pp.

182 La expresión “*scale-up*” hace alusión a las empresas “gacelas” de alto crecimiento o con gran tasa de empleo (superior al 20%) con más de tres años de vida en el mercado y con perdurabilidad en el tiempo, en la definición que de ellas ofrece el *Scale-up Institute* del Reino Unido y la OCDE.



senda que el Parlamento Europeo y el Consejo trataron de trazar (en trazo frustrado) para una sociedad unipersonal privada con responsabilidad limitada que avivara el emprendimiento transfronterizo en una época cada vez más interconectada y que tratan ahora de avivar, bien que en exclusiva en lo que a la constitución electrónica se refiere, con la propuesta de Directiva de 25 de abril de 2018, de modificación de la Directiva (UE) 2017/1132 para la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, formando parte del “*Company Law Package*”.

No es momento en estos tiempos de rápido avance tecnológico de regazos ni caparazones jurídicos. La salida para una carrera rápida vendría marcada por los trabajos (proyectados) tanto de las instituciones comunitarias como del órgano jurídico de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional. La meta final llegaría con la aprobación y consolidación en los ordenamientos jurídicos internos de una normativa susceptible de encauzar y no trabar el emprendimiento femenino. Tomando prestadas las palabras del Sr. BARROSO, cuando fuera Presidente de la Comisión europea: “Para lograr un futuro sostenible, debemos mirar ya más allá del corto plazo. [...] Tenemos las nuevas herramientas y la nueva ambición. Ahora necesitamos hacer que se haga realidad”<sup>183</sup>.

#### 4.2. Con incentivos para la formalización

Para que se haga realidad el empoderamiento económico femenino es necesario, pero no es suficiente, el derrumbamiento de las barreras legales. Han de caer también los muros financieros, educativos, culturales y sociales. Ha de promulgarse un régimen legal “sencillo y previsible”, en los calificativos de la primera de las Guías Legislativas objeto de atención y examen<sup>184</sup>. Junto a una ley “sencilla y directa”<sup>185</sup> han de promocionarse incentivos para la inscripción empresarial<sup>186</sup>. El sistema electrónico de inscripción registral “transparente y fiable” y la forma jurídica empresarial sencilla y flexible han de acompañarse y acompasarse del favorecimiento de las empresas inscri-

183 Estas palabras las tomamos prestadas del Prefacio de la Estrategia “Europa 2020” (pp. 2-3).

184 Página 14 de la versión de 10 de abril de 2018.

185 *Ibidem*.

186 El párrafo 23 (p. 12) de la Nota de la Secretaría de CNUDMI de 10 de abril de 2018 alude a la necesidad de incentivos para la inscripción empresarial, añadiendo un listado ejemplificativo que, en parte, transcribiremos, a continuación, en el texto principal.

tas al acceso a la financiación bancaria y alternativa a la bancaria, de una tributación sencilla y favorable, de la orientación y asistencia para la elaboración del plan de negocio, de una mentorización y asesoría empresarial de calidad, o del suministro de infraestructura tecnológica a bajo coste<sup>187</sup>. Estas y otras medidas asesoras, financieras y fiscales son necesarias, pero tampoco son suficientes. Previamente se precisan medidas educativas (de educación empresarial y de educación financiera) porque a igual nivel de educación menor es la brecha de género empresarial<sup>188</sup>. Una vez que se alcanza igual nivel de educación se requiere vencer el miedo a fallar (o “*fear of fail*”). A mayor miedo al fracaso, menor intención de emprender. Las mujeres tienen mayor aversión al riesgo<sup>189</sup>. La aversión al riesgo y el temor a fallar paralizan más a las mujeres que a los hombres ante idéntica visión de oportunidades<sup>190</sup>. Pese a los altos niveles educativos de las mujeres en las Economías más desarrolladas e innovadoras del mundo, no se creen con capacidad para emprender<sup>191</sup>. Por ello, se observa la necesidad de establecer o fortalecer ecosistemas de emprendimiento femenino<sup>192</sup>. De cara a potenciar sus potencialidades, las emprendedoras requieren una atención y un apoyo especial. En un ideal ecosistema de soporte específico para las emprendedoras destacarían no solo óptimas medidas financieras bancarias y extra-bancarias sino una “red de mentoras”, con expertas que proporcionasen tutoría, formación, asesoramiento y orientación práctica para la viabilidad y productividad de los negocios; así como un “club de líderes emprendedoras”<sup>193</sup> para el refuerzo de la cultura del emprendimiento femenino y la superación de las murallas culturales y sociales. Un ecosistema, en definitiva, en el que quienes quieran crear aprendan a crear y a creer en ser capaces de crear.

---

187 También el documento de la CNUDMI sobre la creación de un entorno jurídico propicio para el funcionamiento de las MIPYME contemplaría estos y otros incentivos estatales para “atraer a las MIPYME para que funcionen en el sector de la Economía formal” (pp. 13-14).

188 Vid. GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Special Report...*, *op. cit.*, p. 7.

189 *Ibidem*, p. 45.

190 *Ibidem*.

191 Vid. CEPYME, “Aumenta el número de mujeres emprendedoras...”, *op. cit.*

192 *Ibidem*.

193 Tomando como analogía, en particular, la red de mentoría y el “club de líderes ciberemprendedores” y, en general, el ecosistema de ciberemprendimiento planteado en el Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020, pp. 15-17.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “¿Existe una una función notarial europea?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017.
- ALONSO LEDESMA, C., “Propuesta de modificación de la Segunda Directiva de sociedades relativa a la constitución de la sociedad anónima y al mantenimiento y modificación de su capital”, *RdS*, nº 24, vol. 1, 2005.
- “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, octubre 2007.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S., “Presentación crítica de la Propuesta de la Comisión Europea sobre digitalización y operaciones transfronterizas (traducción del post en *European Law Blog*)”, *Blog Hay Derecho*, 27 junio 2018.
- BROSETA PONT, M., “Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las sociedades anónimas españolas”, *RDN*, 1970.
- CEPYME, “Aumenta el número de mujeres emprendedoras, reduciendo la brecha con respecto a los hombres”, *CEPYMENews*, 18 enero 2018.
- ENRIQUES, L.; MACEY, J., “Creditors versus capital formation: The case against the european legal capital rules”, *Cornell Law Review*, nº 86, 2001.
- ESCRIBANO GÁMIR, R. C., “La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada”, *RdS*, nº 28, vol. 1, 2007.
- ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la “*Societas Unius Personae*”: las cuestiones más polémicas”, *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 60, 2015.
- EUROPEAN COMMISSION ENTERPRISE DIRECTORATE GENERAL, *Benchmarking the administration of business start-ups*, Centre for Strategy & Evaluation Services, January 2002.
- FERNÁNDEZ HERGUETA, R., “El sector público y el uso de la *blockchain*”, PREUK-SCHAT, A. (coord.), *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017.
- GARCÍA, E., “*Blockchain. ¿De verdad es importante?*”, *Clifford Chance Advisor*, nº 7, 2017.
- GARCÍA MANDALONIZ, M., “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Marcial Pons, 2010.
- “Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente”, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, 2018.

- GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la Junta General”, *RCE*, nº 57, 2005.
- GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Special Report. Women`s entrepreneurship 2015*, GEM, 2015.
- \_\_\_\_ *Women`s entrepreneurship 2016/2017 Report*. GEM, 2017.
- GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Entender blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, junio 2017.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Dykinson, 2018.
- \_\_\_\_ *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Aranzadi, 2018.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “La sociedad anónima de objeto plural”, en *AAMN*, T. XXXIV, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Task manager`s ICT toolkit for designing and implementing online registry applications*, IFC, Mar 3, 2015.
- JORDÁ GARCÍA, R., “Empresas de economía social y constitución telemática de sociedades”, en PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> M.; GÓMEZ MANRESA, M. F. (dir./coord.), *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas*, Comares, 1 marzo 2014.
- KÜBLER, F.: “A comparative approach to capital maintenance: Germany”, en *European Business Law Review*, 2004.
- LEWIN, A. (et al.), *Implementing electronic business registry (e-BR) services. Recommendations for policy makers based on the experience of EU accession countries*, The World Bank, June 2007.
- LUCINI MATEO, A., “El traslado internacional del domicilio social dentro de la Unión Europea, a debate en el IV Congreso Notariado Europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017.
- \_\_\_\_ “El documento público notarial en la perspectiva de la digitalización del Derecho societario europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 77, enero-febrero 2018.
- MARÍN CALERO, C., “Ley de la sociedad limitada nueva empresa”, *RJN*, nº 47, julio-septiembre 2003.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, *Retrato de la PYME, a 1 de enero de 2017*, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2018.
- OLAVARIA IGLESIA, J., “Artículo 132. Objeto social”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentarios a los artículos 130 a 144 y a las Disposiciones adicionales 8<sup>a</sup> a 13<sup>a</sup> de la LSRL*. Aranzadi, 2003.
- PAREJA, A. (et al.), *La gestión de la identidad y su impacto en la economía digital*, Banco Interamericano de Desarrollo, documento para discusión nº IDB-DP-529, agosto 2017.

- PREUKSCHAT, A. (coord.), *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017.
- \_\_\_\_ *Comunidad blockchain. El futuro de la criptoeconomía descentralizada y las ICO's*, Íñigo Molero editor, 2018.
- REGISTRADORES DE ESPAÑA, *Estadística Mercantil. Ejercicio 2016*, 2017,
- \_\_\_\_ *Estadística Mercantil. Ejercicio 2017*, 2018
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Determinación estatutaria del objeto social”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.), *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*, Civitas, 1991.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El fenómeno de la adquisición derivativa de acciones propias. La Directiva 2006/68/CE modificadora de la Segunda Directiva sobre el Derecho de sociedades y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, *RdS*, nº 27, vol. 2, 2006.
- SAPENA DAVÓ, F., “La Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa”, *RJCV*, nº 7, 2003.
- TAPSCOTT, D., *La revolución blockchain. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la Economía global*, Deusto, febrero 2017.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., “La reforma de la asistencia financiera en Europa”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, Universidad Complutense, nº 2006/5, diciembre 2006.
- WORLD BANK GROUP, *Women, business and the law 2016. Getting to equal*, The World Bank, 2015.
- \_\_\_\_ *Women, business and the law 2018*, The World Bank, 2018.
- YANES YANES, P., “La sociedad limitada en la economía sostenible. Notas sobre una propuesta equivocada de un reformador impaciente”, *CDyC*, nº 54, 2010.



**La proscripción de la trata de seres humanos y del trabajo  
forzoso, meta 8.7, del Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 8:  
Una aproximación al incumplimiento  
por parte del Reino de España**

Tania GARCÍA SEDANO

Universidad Carlos III de Madrid

Universidad Pontificia de Comillas

Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Madrid

**RESUMEN:** La asunción de la Agenda 2030 no supone una mera declaración programática si no que conlleva la adopción de medidas encaminadas a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible y de sus metas. En el presente artículo abordamos las medidas adoptadas por España para erradicar la trata de seres humanos y el trabajo forzoso, contempladas en la meta 8.7 de la Agenda.

*Palabras clave:* Objetivos de Desarrollo Sostenible, Meta 8.7, trabajo forzoso, trata de seres humanos con fines de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, cumplimiento por España

**SUMARIO:** 1. La Agenda 2030. 1.1. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 8. 1.2. Metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8. 2. La Gobernanza para el cumplimiento de la Agenda 2030 adoptada por España. 2.1. Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030. 2.2. El Alto Comisionado para la Agenda 2030. 2.3. Embajador en Misión Especial. 2.4. Otros agentes. 3. Políticas públicas en materia de Objetivos de Desarrollo Sostenible. 3.1. El Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. 3.2. Informe de España para el examen nacional voluntario. 3.3. Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo. 3.4. Plan Director por un Trabajo Digno. 3.5. Plan Estratégico de igualdad de oportunidades. 4. La Meta 8.7 del Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 8 en España. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

Target 8.7 of Sustainable Development Goal No. 8: An approach to non-compliance by the Kingdom of Spain.

**ABSTRACT;** The assumption of the 2030 Agenda does not imply a mere programmatic declaration, but involves the adoption of measures aimed at achieving the objectives of sustainable development and its goals. In this article we address the measures adopted by Spain to eradicate trafficking in human beings and forced labor, goal 8.7 of the Agenda.

*Key Words:* Sustainable Development Objectives, Goal 8.7, forced labor, trafficking in

human beings for the purpose of imposing work or forced services, slavery or practices similar to slavery, servitude or begging, compliance by Spain

## 1. La Agenda 2030

La Agenda 2030 constituye una propuesta de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad, con un objetivo claro fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad. La misma integra los Objetivos de Desarrollo del Milenio, para conseguir lo que estos no lograron, y en ese camino no quiere dejar a nadie atrás.

La relevancia de la Agenda radica, no sólo en lo ambicioso de su contenido, si no también en que tiene un alcance y una importancia sin precedentes. Así, todos los países la aceptan y teniendo en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada uno y respetando sus políticas y prioridades nacionales.

Recientemente, en julio este año, se ha aprobado en nuestro país el Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. Debe evidenciarse el retraso en el cumplimiento de las obligaciones internacionales pues los nuevos Objetivos y metas entraron en vigor el 1 de enero de 2016<sup>1</sup>.

### 1.1. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 8

El octavo objetivo de desarrollo sostenible tiene por rubrica: *“Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”*.

El citado objetivo supone, por lo que a efectos del presente trabajo nos conlleva, las siguientes obligaciones<sup>2</sup>: *“Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, a más tardar en 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas”*.

---

1 NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Documento: A/69/L.85.Párrafo 21.

2 DAHRAM, G. “Trabajo decente. Conceptos e indicadores” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 2, 2. 2013. p. 125–160. DAHRAM, G. “Decent work: universality and diversity” in *IILS* 159.2005. p.125.



Ghai<sup>3</sup> contempla el trabajo decente como un mecanismo que promueve los derechos y la seguridad del trabajo y elabora indicadores del trabajo decente en varias áreas, destacando en este trabajo, el área vinculada a los derechos fundamentales y, en concreto, aquello vinculado con el trabajo forzoso y la trata de seres humanos.

Dentro del trabajo decente como objetivo de desarrollo sostenible se encuentran la proscripción del trabajo forzoso, formas contemporáneas de esclavitud, trata de seres humanos y peores formas de trabajo infantil.

## 1.2. Metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8

La Agenda para el desarrollo para después de 2015 fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y dentro de la misma se incardinan los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas, conexas, de carácter integrado e indivisible<sup>4</sup> que pretenden hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas. Para ello ambos conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental<sup>5</sup>.

El Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 establece como metas:

8.1 Mantener el crecimiento económico per capita de conformidad con las circunstancias nacionales y, en particular, un crecimiento del producto interno bruto de al menos un 7% anual en los países menos adelantados.

8.2 Lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, la modernización tecnológica y la innovación, entre otras cosas centrando la atención en sectores de mayor valor añadido y uso intensivo de mano de obra.

8.3 Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de empleo decente, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y alentar la oficialización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, entre otras cosas mediante el acceso a servicios financieros.

8.4 Mejorar progresivamente, para 2030, la producción y el consumo eficientes de los

---

3 GHAI, D. "Trabajo decente. Concepto e indicadores" en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122- 2003, núm. 2. p.138.

4 NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Documento: A/69/L.85. Párrafo 18.

5 NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Documento: A/69/L.85. Preámbulo.

recursos mundiales y procurar desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente, de conformidad con el marco decenal de programas sobre modalidades sostenibles de consumo y producción, empezando por los países desarrollados.

8.5 Para 2030, lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

8.6 Para 2020, reducir sustancialmente la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios ni reciben capacitación.

8.7 Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, a más tardar en 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas.

8.8 Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.

8.9 Para 2030, elaborar y poner en práctica políticas encaminadas a promover un turismo sostenible que cree puestos de trabajo y promueva la cultura y los productos locales.

8.10 Fortalecer la capacidad de las instituciones financieras nacionales para alentar y ampliar el acceso a los servicios bancarios, financieros y de seguros para todos:

8.a.- Aumentar el apoyo a la iniciativa de ayuda para el comercio en los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, incluso en el contexto del Marco Integrado Mejorado de Asistencia Técnica Relacionada con el Comercio para los Países Menos Adelantados.

8.b.- Para 2020, desarrollar y poner en marcha una estrategia mundial para el empleo de los jóvenes y aplicar el Pacto Mundial para el Empleo de la Organización Internacional del Trabajo

En el marco de la Meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible se realiza un llamamiento para la adopción de medidas inmediatas y eficaces con miras a erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos, y asegurar la prohibición y eliminación de todas las formas de trabajo infantil, incluido el reclutamiento y la utilización de niños soldados, como una medida esencial para lograr el trabajo decente para todos, el empleo pleno y productivo, y el crecimiento económico incluyente y sostenido.

La enorme relevancia del objeto de la meta 8.7 requiere de una atención urgente, innovadora y dinámica<sup>6</sup>. La erradicación del trabajo infantil y de las

---

6 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Gobernanza y Tripartismo. *Alianza 8.7 de los ODS Concertar esfuerzos a escala mundial para erra-*

formas modernas de esclavitud exige un conocimiento integrado, acciones coordinadas, la formulación eficaz de políticas y el uso eficiente de los recursos<sup>7</sup>.

En este sentido, es preciso evitar la duplicación de esfuerzos e implantar las mejores soluciones en mayor escala<sup>8</sup>. Los compromisos de eliminar el trabajo infantil, el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos sólo podrán cumplirse si se concilian y coordinan todos los esfuerzos<sup>9</sup>.

## **2. La Gobernanza para el cumplimiento de la Agenda 2030 adoptada por España**

La agenda 2030 atribuye la responsabilidad del seguimiento de cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible, en todos los niveles: mundial, nacional y local a los gobiernos estatales<sup>10</sup>.

Nuestro país ha optado por crear un órgano especialmente encargado de la implementación de los objetivos de desarrollo sostenible y un Alto Comisionado para la Agenda 2030. Ello no garantiza que España haya seguido y trace estrategias democráticas, colectivas y transversales para cumplir con la meritada Agenda<sup>11</sup>.

---

*dicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos. Proyecto para consulta. Ginebra, 2016. p.4.*

7 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Gobernanza y Tripartismo. *Alianza 8.7 de los ODS Concertar esfuerzos a escala mundial para erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos. Proyecto para consulta. Ginebra, 2016. p.2.*

8 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Gobernanza y Tripartismo. *Alianza 8.7 de los ODS Concertar esfuerzos a escala mundial para erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos. Proyecto para consulta. Ginebra, 2016.p.4.*

9 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Gobernanza y Tripartismo. *Alianza 8.7 de los ODS Concertar esfuerzos a escala mundial para erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos. Proyecto para consulta. Ginebra, 2016.p.4.*

10 NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015. Documento: A/69/L.85.Párrafo 47.*

11 ONU, MUJERES. *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2018. p.40: “cada vez se precisan esfuerzos

## 2.1. Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030

Con el objetivo de dar cumplimiento a los compromisos adoptados en la Agenda 2030 y puesto que ello presupone una coherente coordinación interministerial, una congruente interconexión de las políticas públicas y una adecuada comunicación de la labor desarrollada se creó el Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030<sup>12</sup>. Los objetivos del Grupo son<sup>13</sup>: *“a) Coordinar la posición española y las actuaciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030. b) Preparar las evaluaciones de España ante el Foro Político de Alto Nivel del ECOSOC”*.

El Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030 tiene una composición heterogénea caracterizada por la fuerte vinculación con la administración<sup>14</sup>. Así, está integrado por un presidente que será el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, dos vicepresidentes que serán los titulares de las carteras de los Ministerios de Agricultura y Pesca, Alimentación desarrolladas por la Dirección General de Políticas para el Desarrollo Sostenible del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, con el apoyo del Embajador en Misión Especial para la Agenda 2030.

Serán parte del Grupo de Alto Nivel: la Directora de la Oficina Económica del Presidente del Gobierno, el Secretario de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica y el Caribe, la Secretaria de Estado de Medio Ambiente el Subsecretario del Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, y el Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento. Así como un representante con rango mínimo de Director General de los siguientes Ministerios: Asuntos Exterio-

---

*mayores y más sistemáticos para garantizar que las prioridades y las estrategias nacionales sean colectivas y se definan de forma democrática; que los informes que presenten los Gobiernos sobre los avances y las lagunas sean completos y transparentes y que existan espacios para el debate y el escrutinio públicos”*.

12 Resolución de 13 de octubre de 2017, de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica y el Caribe, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se crea el Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030. BOE de fecha 27 de octubre de 2017.

13 Apartado I. Resolución de 13 de octubre de 2017, de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica y el Caribe, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se crea el Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030. BOE de fecha 27 de octubre de 2017.

14 Párrafo III.

res y Cooperación; Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente; Fomento; Justicia; Defensa; Hacienda y Función Pública; Interior; Educación, Cultura y Deporte; Empleo y Seguridad Social; Energía, Turismo y Agenda Digital; Presidencia y para las Administraciones Territoriales; Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; Economía, Industria y Competitividad.

Si la Presidencia estima que resulta relevante para el cumplimiento de las funciones del Grupo podrán ser invitados a participar en las reuniones otros representantes del resto de los Ministerios.

En el supuesto de que la cuestión a abordar pueda estar vinculada con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, se convocará al Secretario de Estado para las Administraciones Territoriales.

El Grupo de alto nivel fue articulado a través de un Grupo de Trabajo Permanente cuyo objetivo es facilitar el cumplimiento de la labor técnica necesaria para el cumplimiento de los objetivos del Grupo de alto nivel, espacio de confluencia y concertación a este nivel en el seno de la Administración general del estado.

#### **Funciones:**

- a) Trasladar a todos los departamentos los contenidos de la Agenda.
- b) Impulsar la integración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas en los respectivos marcos nacionales de políticas públicas.
- c) Coordinar y dar coherencia a las diversas políticas sectoriales y a las iniciativas legislativas.
- d) Impulsar la elaboración de una estrategia nacional de desarrollo sostenible.
- e) Elaborar la posición española sobre la Agenda y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la Unión Europea y en los encuentros y debates multilaterales al respecto.
- f) Fijar criterios estadísticos, líneas de base e indicadores para los informes que España deberá suministrar periódicamente, a las Naciones Unidas, la Unión Europea y el CAD de la OCDE.
- g) Establecer mecanismos de interlocución y coordinación sobre la Agenda con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.
- h) Garantizar la comunicación con la sociedad civil.
- i) Creación de grupos de trabajo relacionados con los Objetivos de Desarrollo Sostenible cuya composición dependerá del tema a tratar.

El Grupo de Alto Nivel elevará periódicamente informes a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos sobre la ejecución, coordinación, seguimiento, evaluación y presentación nacional e internacional de la Agenda 2030, y sobre cualquier otro asunto relacionado con la Agenda cuando y en los términos en que le sea requerido.

## **2.2. El Alto Comisionado para la Agenda 2030**

Con el objetivo de articular el cumplimiento de la Agenda de Naciones Unidas 2030 se ha producido una reestructuración de la Presidencia del Gobierno<sup>15</sup> creando, bajo la dependencia directa del Presidente del Gobierno, un Alto Comisionado para la Agenda 2030 de Naciones Unidas al que se dota de rango de Subsecretario. Paralelamente y con el objetivo de dar apoyo técnico al Alto Comisionado, se crea en el Gabinete del Presidente del Gobierno la Oficina del Alto Comisionado para la Agenda 2030, cuyo titular tendrá rango de Director General.

Las Funciones del Alto Comisionado son<sup>16</sup>:

a) Realizar el seguimiento de las actuaciones de los órganos competentes de la Administración General del Estado para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y la Agenda 2030.

b) Impulsar la elaboración y desarrollo de los planes y estrategias necesarios para el cumplimiento por España de la Agenda 2030.

c) Evaluar, verificar y difundir el grado de avance en el cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030.

d) Colaborar con el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en la interlocución internacional de España en materia de implantación global de la Agenda 2030.

e) Impulsar la elaboración de los sistemas de información y estadística necesarios para acreditar los avances en la consecución de los objetivos de la Agenda 2030.

## **2.3. Embajador en Misión Especial**

En mayo de 2017<sup>17</sup>, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Gobierno designó un Embajador en misión especial para la Agenda 2030.

---

<sup>15</sup> Mediante Real Decreto 419/2018, de 18 de junio, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

<sup>16</sup> Artículo 11 del Real Decreto 419/2018, de 18 de junio, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

<sup>17</sup> BOE de fecha 6 de mayo de 2017.

## **2.4. Otros agentes**

El Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030 establece que para el cumplimiento de sus fines se articulará un Consejo de Desarrollo Sostenible, de carácter consultivo; Puntos focales por objetivos de desarrollo sostenible en la Administración General del Estado; un mecanismo de articulación entre los tres niveles de las administraciones públicas y se pondrá en marcha de una Comisión mixta Congreso-Senado.

## **3. Políticas públicas en materia de Objetivos de Desarrollo Sostenible**

### **3.1. El Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030**

El 29 de junio del presente año se aprobó, por Consejo de Ministros, el Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030: Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible.

El Plan pretende dar respuesta al hecho de que las medidas adoptadas por los Estados sean, según la Agenda 2030, objeto de seguimiento y revisión por el Foro Político de Alto Nivel existente en este contexto.

El Grupo de Alto Nivel para la Agenda 2030 acordó la elaboración de un Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030, que se compone de dos partes principales: El estado de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en España, la situación de partida, con referencia a indicadores estadísticos y una cartografía de responsabilidades competenciales de todos los departamentos; Las acciones a través de las cuales se impulsará la Agenda en 2018-2020: nuevas políticas y medidas públicas, gobernanza de la Agenda, mecanismos de seguimiento y rendición de cuentas de todos los actores.

Tiene especial importancia la inclusión de los compromisos y avances de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y del resto de actores, sociedad civil, empresas, universidades, lo que permite configurar el Plan como el esfuerzo de toda la sociedad española.

El Plan contiene un conjunto de áreas prioritarias de actuación, que incluyen: la prevención y lucha contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social; la igualdad de oportunidades; una nueva agenda urbana española; la economía circular; la ley de cambio climático y transición energética; la investigación científica y técnica; la estrategia de economía social 2017-2020;

plan de gobierno abierto; la cooperación española. Junto con ello, adopta medidas de carácter transversal: “Situación la Agenda 2030 en el centro de la política europea y multilateral; Impulsar las alianzas para los ODS entre todos los actores; Impulsar la educación para el desarrollo sostenible; Un pacto para la comunicación de la Agenda 2030; Impulsar la cultura como elemento clave para la transformación; Impulsar una función pública con los conocimientos y capacidades para implementar los ODS; Alineamiento progresivo de los presupuestos de cada departamento ministerial con los ODS; Alinear la compra pública con los ODS; Establecer memoria preceptiva de impacto normativo en los ODS en la actividad legislativa; Alinear la Agenda 2030 y el Plan Nacional de Reformas”.

Consideramos destacable que el Plan, en lo que al Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 no realice ni una sola mención a las medidas adoptadas para alcanzar las metas establecidas por Naciones Unidas, limitándose a enunciar reglas en atención al respectivo objetivo. Esa opción resulta claramente distorsionadora, por cuanto no permite hacer un seguimiento de las medidas implementadas para la consecución de cada una de las metas.

El Plan disecciona la acción de nuestro país en relación con la consecución del meritado ODS en atención a las siguientes herramientas: La Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), la Estrategia Española de responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020 y la Estrategia Española de la Economía Social 2017-2020, la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, el Plan Director de lucha contra la explotación laboral, que con posterioridad se ha transformado en el Plan Director sobre trabajo digno, el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (elaborado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social) y el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2018-2021, aún en fase de consulta, que contemplará medidas para luchar contra la brecha salarial de género.

### **3.2. Informe de España para el examen nacional voluntario**

En julio de 2017 España anunció que presentaría a examen las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la Agenda 2030 en el año 2018<sup>18</sup>, el exa-

---

18 De conformidad con la Proposición No de Ley 161/001253: “para poder realizar



men voluntario se produjo en fecha 18 de julio de 2018<sup>19</sup>.

El Informe de España para el examen nacional voluntario vincula el cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 a las competencias inherentes a las carteras correspondientes al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y al Ministerio de Economía.

En particular vincula el cumplimiento del meritado Objetivo con: *“Reducir la tasa de desempleo, mejorar las condiciones laborales y aumentar la productividad laboral, reducir la tasa de desempleo, especialmente para los jóvenes y mayores sin formación, y mejorar el acceso a los servicios y beneficios financieros son componentes esenciales de un crecimiento económico inclusivo y son las principales metas de este objetivo”<sup>20</sup>*.

Resulta cuestionable que pese que el Gobierno conoce, así lo declara el propio Informe<sup>21</sup>, la ratificación por nuestro país del Protocolo de 2014 relativo al Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, de la Organización Internacional del Trabajo y que ha entrado en vigor<sup>22</sup>, no incorpore ni una sola medida de cumplimiento de las obligaciones estatales contempladas en el Protocolo. El informe se limita a mencionar que se debe fortalecer la Inspección laboral y otros servicios que protejan a los trabajadores de la explotación así como *“adoptar medidas adicionales para educar e informar a las personas y a las comunidades sobre crímenes como la trata de seres humanos”*.

### 3.3. Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo

El Plan estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-

---

*una primera rendición de cuentas del cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo sostenible en España en el Foro Político de Alto Nivel en 2018 resulta de la máxima urgencia elaborar y publicar un diagnóstico de situación, y, en consecuencia, trazar la línea de base en que se encuentra España respecto del cumplimiento de la Agenda”*.

19 La fecha es relevante porque a efectos del cumplimiento del Objetivo de desarrollo sostenible 8, España en el Informe para el examen nacional voluntario contempla en el diagnóstico, normativo, la ratificación del Protocolo de 2014 al Convenio de 1930 de la Organización Internacional de trabajo forzoso que luego no acoge en el Plan Director por un Trabajo Digno.

20 GOBIERNO DE ESPAÑA. *Informe de España para el examen nacional voluntario*. 2018. Madrid. 2018. p.55.

21 GOBIERNO DE ESPAÑA. *Informe de España para el examen nacional voluntario*. 2018. Madrid. 2018. p.58.

22 BOE de fecha 21 de diciembre de 2017.

2020 fue aprobado mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 6 de abril de 2018<sup>23</sup>.

El apartado 3 del Plan establece el contexto y la orientación a la que da respuesta el Plan, manifestándose que está *“en consonancia con las prioridades del Ministerio de Empleo y Seguridad Social para la presente legislatura”*.

Las orientaciones del plan son:

a) La primera línea, el: *“impulso de una agenda integral por la calidad del empleo que permita consolidar la recuperación de los puestos de trabajo perdidos durante la crisis”*.

b) La segunda prioridad del Ministerio de Empleo y Seguridad Social es: *“el refuerzo de la sostenibilidad y suficiencia de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social en el marco del Pacto de Toledo”*.

c) Tercera y última prioridad, a la que también deben prestar especial atención las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este próximo trienio: *“La inserción y la integración de los inmigrantes vinculada al empleo, en el marco de una política europea de migración y asilo”*.

Hemos de explicitar que cronológicamente el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es previo al Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030 y posterior a la asunción por parte de nuestro país de la Agenda 2030. En ese último sentido, resulta relevante la incongruencia, que vamos a analizar minuciosamente, del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo en la consecución de la Meta 8.7 del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8.

El objetivo 11 del Plan está constituido por la mejora de la protección de los trabajadores que son objeto de trata con fines de explotación laboral. Para su consecución, se establecen tres líneas operativas:

1. Plan Integral de lucha contra la Trata de seres humanos con fines de explotación laboral: Colaborar con los distintos departamentos ministeriales y con las Comunidades Autónomas para impulsar un Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral dentro del marco de competencias de la Inspección de Trabajo.

La colaboración interinstitucional es una obligación de las distintas administraciones, por lo que poco o nada aporta la línea operativa tal como aparece formulada. Sí hubiera sido deseable que el Plan hubiera establecido las bases para garantizar la coherencia de la coordinación administrativa y hu-

---

23 BOE de fecha 19 de abril de 2018.

quiera sentado las líneas básicas para articular la lucha contra los fenómenos que nos ocupan.

En relación con la adopción de un Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral constituye una necesidad en nuestro país. Los únicos planes que se han adoptado a la fecha sobre trata de seres humanos son el Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, 2010, y el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de Explotación Sexual, 2015-2018.

Desde otro prisma, resulta llamativo que no contenga ninguna referencia a lo preceptivo de iniciar o incoar un Plan contra el trabajo forzoso en nuestro país. El Protocolo de 2014 relativo al Convenio de 1930 sobre trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 1.2 la obligación de adoptar un Plan y una Política Nacionales<sup>24</sup>.

2. Nuevos procedimientos de trabajo: al respecto, señala: 1) un procedimiento operativo de trabajo que incorpore un sistema rápido de notificación a las autoridades policiales y judiciales competentes, y 2) una guía técnica de apoyo a la función inspectora, que incluya una lista de comprobación que incorpore indicios que permita detectar supuestos de trata de seres humanos (se elaborará con el apoyo y la colaboración de otros organismos y de los interlocutores sociales). 3) Establecer así mismo un criterio operativo que permita a la Inspección detectar e investigar posibles situaciones de trata con fines de explotación laboral.

La presente línea operativa merece varias consideraciones. En relación con el establecimiento de un procedimiento operativo que incorpore un sistema rápido de notificación a las autoridades policiales, pareciera que el ejecutivo desconoce la Resolución de 4 de noviembre de 2013 por la que se publica el anexo del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>25</sup>.

Si la Inspección al efectuar las comprobaciones que normativamente le

---

24 Artículo 1 párrafo 2: *“Todo Miembro deberá formular, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, una política y un plan de acción nacionales a fin de lograr la supresión efectiva y sostenida del trabajo forzoso u obligatorio que prevea la adopción de medidas sistemáticas por parte de las autoridades competentes y, si procede, en coordinación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como con otros grupos interesados”.*

25 Resolución de 4 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría, por la que se publica el anexo del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y

son atribuidas detecta casos de trata de seres humanos con fines de explotación laboral, se deberá poner, de inmediato, en conocimiento del Ministerio Fiscal así como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por lo que a la elaboración de una guía técnica que incorpore indicios de trata de seres humanos, resulta, cuanto menos, sorprendente que ocho años después de la introducción en el Código Penal español del delito de trata de seres humanos<sup>26</sup> el ejecutivo piense en la elaboración de indicios que permitan detectar supuestos de trata de seres humanos por la Inspección de Trabajo. La pregunta que nos surge es ¿Cómo ha actuado hasta la fecha la Inspección de Trabajo?. Este razonamiento se hace extensible al trabajo forzoso pues el Protocolo de 2014 al Convenio de 1930 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo forzoso ha entrado en vigor y está siendo, a la fecha incumplido.

Para concluir, en relación con el establecimiento de un criterio operativo que permita a la Inspección detectar e investigar posibles situaciones de trata con fines de explotación laboral podemos importar parte del razonamiento anterior. Así, deberíamos preguntarnos ¿Qué criterio ha seguido hasta la fecha la Inspección para la detección de trata con fines de explotación laboral?.

Por lo que se refiere a este aspecto, no podemos más que evidenciar el desconocimiento jurídico que el establecimiento del meritado criterio denota.

El ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se circunscribe exclusivamente a la fase de detección de posibles supuestos de trata de seres humanos. De acuerdo con lo previsto en la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el ámbito administrativo es el propio de la Inspección. Teniendo en cuenta que la trata de seres humanos se encuentra tipificada en el artículo 177 bis del Código Penal, si en el curso de las actuaciones inspectoras se apreciase la posible comisión de este delito, la Inspección, a través de la autoridad com-

---

el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. BOE de fecha 8 de noviembre de 2013. Instrucción primera: *“La presente instrucción tiene por objeto establecer el marco general de la colaboración entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, especialmente en los siguientes supuestos: 5. Tráfico de personas y trata de seres humanos para su explotación laboral. 6. Explotación laboral sin trata y graves discriminaciones en el empleo”*.

<sup>26</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

petente para imponer la sanción, remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieren resultar afectados; suspendiéndose el procedimiento administrativo sancionador en tanto no recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal conforme al principio ‘non bis in idem’.

La Inspección por tanto ni participa ni puede participar en la fase de identificación del delito, que se encuentra atribuida exclusivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino en la previa detección del mismo.

No obstante, la Inspección al efectuar las comprobaciones que normativamente le son atribuidas podrá detectar supuestos de trata de seres humanos con fines de explotación laboral<sup>27</sup>. Dichas comprobaciones incluirán en todo caso el control de la situación laboral de los trabajadores, alta en la seguridad social y autorización de trabajo de trabajadores extranjeros correspondientes, asimismo podrán incluir comprobaciones tales como las referidas a aspectos laborales (salario, horario, contratos de trabajo, etc.), prevención de riesgos laborales, otras cuestiones de Seguridad Social (cotizaciones, prestaciones, etc.) empleo o extranjeros, conforme a lo previsto en la Ley 23/2015;

---

27 DEFENSOR DEL PUEBLO. *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*. 2012. p.64. Incluye datos proporcionados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social correspondientes al periodo 2009-2011. La Inspección detectó en el año 2009, 8 casos de trata con fines de explotación sexual y 5 de trata con fines de explotación laboral; en el año 2010 fueron 134 y 6 casos respectivamente y en 2011, 6 y 6. Podemos señalar como buena práctica la recogida por BHOOLA, U. *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Documento n° A/HRC/30/35. Párrafo 34: “El Ministerio de Trabajo del Brasil lleva un registro de las personas y empresas que utilizan trabajo en condiciones de esclavitud, conocido como “lista sucia”, establecido por un decreto ministerial en 2003. La base de datos era utilizada por empresas públicas y privadas que aplicaban sanciones comerciales y financieras. La lista aumentó de 52 empleadores que utilizaban trabajo en condiciones de esclavitud en 2003 a 609 a julio de 2014. No obstante, en diciembre de 2014, el Tribunal Supremo dictó una medida cautelar respecto de una asociación de empresas constructoras, por la que suspendió la “lista sucia”” así como ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las buenas prácticas de la inspección del trabajo en Brasil: La Erradicación del Trabajo Análogo al de Esclavo*. Ginebra, 2010.p.13: “Para garantizar la punición de los culpables, el MTE cuenta aún con el Registro de Empleadores Infractores, también conocido como la ‘Lista Sucia’. El registro lista las personas físicas y jurídicas fl agradas utilizando mano de obra en condiciones análogas a las de esclavo, dando publicidad a la fi scalización y desencadenando una serie de acciones del gobierno, del sector privado y de la sociedad civil para punir e intimidar la práctica”.

el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social y la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en sus normas de desarrollo. En cualquier caso, si en el curso de las actuaciones se detectara un supuesto de trata con otros fines, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal así como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

3. Especialización y Formación: 1) Establecer coordinadores en las provincias en las que resulte necesario. 2) Definir un nuevo programa de formación, tanto en la inicial como en la permanente.

De nuevo, nos encontramos con una declaración publicitaria pues el contenido de esta línea operativa ya era vigente en nuestro país.

Teniendo en cuenta las competencias y necesidades de la Inspección en este ámbito, se han venido efectuando acciones formativas desde el año 2013, en el que se realizó el primer Curso específico en materia de Trata de seres humanos para la explotación laboral. Desde 2014, las promociones de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social que se incorporan a la carrera participan en un curso específico en materia de trata de seres humanos que forma parte del proceso selectivo de acceso a la Inspección.

### 3.4. Plan Director por un Trabajo Digno

El Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020 fue aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 27 de julio de 2018<sup>28</sup>.

Según establece el propio Plan Director, ha sido urgente su aprobación<sup>29</sup> para que se convierta en la principal herramienta, desde las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para hacer frente a los problemas más graves de nuestro mercado laboral en la actual etapa de salida de la última crisis económica.

El Plan, que no podemos olvidar, surge para dar cumplimiento al Objetivo

---

<sup>28</sup> BOE de fecha 27 de julio de 2018.

<sup>29</sup> Debemos ser críticos con la urgencia que ha motivado la aprobación del Plan y no tanto por la rapidez si no por la falta de interacción con otros agentes. En ese sentido, ONU, MUJERES. *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2018. p.44.” *Los Estados deben colaborar con la comunidad científica, así como con las organizaciones defensoras de los derechos de las mujeres, para identificar a los grupos de mujeres y niñas especialmente marginadas y los obstáculos a los que se enfrentan*”.

de Desarrollo Sostenible 8 de la Agenda 2030 declara que tiene como objetivo la recuperación derechos laborales y la mejora de la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo.

Este Plan se construye alrededor de cuatro orientaciones políticas básicas: -Dar un giro cualitativo a las actuaciones desarrolladas hasta ahora por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. -Es un Plan Director participativo, pues, en primer lugar, tiene en cuenta que las Comunidades Autónomas ejercen las competencias funcionales en materia de Inspección de Trabajo y, dos además competencias orgánicas. - Es un Plan orientado a la obtención de resultados, que combinará actuaciones inmediatas y a medio plazo. – Es un Plan global, pues integra 55 medidas operativas, 20 organizativas y de coordinación institucional entre las distintas Administraciones Públicas y con todos los actores que deben implicarse contra la precariedad laboral.

### **3.5. Plan Estratégico de igualdad de oportunidades**

Se trata de un plan pendiente de aprobación, no obstante a la luz de los borradores publicados en distintos medios haremos alguna consideración. En primer lugar, en relación con el diagnóstico. Así, de nuevo, no se hace ninguna mención a la proporción de mujeres que son víctimas de trata de seres humanos con cualquiera de las finalidades ni de trabajo forzoso. Por otro lado, no se prevé ningún objetivo estratégico dirigido a terminar con esas realidades proscritas por la Agenda 2030.

## **4. La Meta 8.7 del Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 8 en España**

Del análisis de las medidas adoptadas por nuestro país, la primera conclusión que podemos extraer es que se carece de un diagnóstico de la situación en España, tanto de la incidencia del trabajo forzoso como de la trata de seres humanos con fines de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

En ese sentido es fundamental tomar como punto de partida los datos, pocos y parciales, que existen al respecto.

Los datos del Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado<sup>30</sup> en Es-

---

<sup>30</sup> CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Balance Prevención y lucha contra la trata de seres humanos en España*. 2016. p.6.



paña que en su informe correspondiente al año 2016 señala hubo 190 detenidos y 25 víctimas relacionados con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral.

Por su parte, el Informe<sup>31</sup> correspondiente al año 2017 establece que un total de 10.111 personas fueron detectadas en una situación de riesgo en el ámbito de la prostitución, así como 12.807 personas en centros de actividad laboral. De ellas fueron identificadas 155 víctimas de trata con fines de explotación sexual; 58 víctimas de trata laboral; tres víctimas de trata para matrimonio forzado; tres víctimas de trata orientada a la explotación de la mendicidad y una víctima de trata para la comisión de actividades delictivas.

Entre las víctimas de trata identificadas, nueve eran menores de edad en casos de explotación sexual y cuatro en casos de trata con fines de explotación laboral.

Los datos de la Fiscalía General del Estado de su memoria del año 2017<sup>32</sup> sienta que el número de causas que realmente tienen por objeto la investigación de cualquier modalidad de trata tipificada en el artículo 177 bis CP durante el año 2017 ha alcanzado la cifra de 122 DS, 37 más que en 2016 lo que representa el considerable aumento del 30,32%. De ellas 103 DS persiguen la trata con fines de explotación sexual, 8 DS la trata laboral, 2 DS la trata para la mendicidad, 1 DS es de naturaleza mixta (laboral y mendicidad), 2 DS la trata para la realización de actividades delictivas, 5 DS para matrimonios forzosos y 1 para la extracción de órganos.

Según la Oficina de Naciones Unidas para la droga y el delito<sup>33</sup>, el trabajo forzoso representa el 40% de la explotación de las víctimas detectadas de trata de seres humanos.

En relación con el Plan debemos hacer una mención a la denominación utilizada por el Plan Director de Trabajo Digno.

El concepto trabajo decente se ha convertido en un objetivo universal y ha sido integrado en las más importantes declaraciones de derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Cumbre Mundial sobre desarrollo social), el Documento de la Cumbre mundial, el segmento

---

<sup>31</sup> CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. Balance Prevención y lucha contra la trata de seres humanos en España. 2017. p.9.

<sup>32</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria elevada al gobierno de su M.J.* Madrid, 2018. p.607.

<sup>33</sup> UNDOC. *Informe mundial sobre la trata de personas. Resumen ejecutivo*, 2014. p. 9.



de alto nivel de ECOSOC, la Segunda década de las Naciones Unidas para la erradicación de la pobreza, la Conferencia sobre el desarrollo sostenible y, por supuesto, en la Agenda 2030 para desarrollo sostenible de las Naciones Unidas.

La Organización Internacional del Trabajo ha integrado el concepto trabajo decente desde el año 1999<sup>34</sup>. En ese año Juan Somavia, entonces Director General, presentó su memoria: Trabajo Decente ha incorporado el adjetivo decente al concepto de trabajo para definirlo por la presencia de cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social.

Pese a ello, el Gobierno de nuestro país ha preferido usar el adjetivo digno carente de predicamento en el ámbito internacional y que puede inducir a confusión.

En segundo lugar, el Plan Director de Trabajo digno, en relación con la meta 8.7 del Objetivo de Desarrollo Sostenible n° 8, sigue la estela gubernamental trazada por el Plan de Acción para la agenda 2030 en cuanto que omite cualquier referencia a la trata de seres humanos con cualquiera de las finalidades y al trabajo forzoso.

Para concluir haremos mención a la perspectiva de género. Naciones Unidas ha optado por una doble estrategia para que sea fundamental cumplir con la perspectiva de género y lo hace con dos caminos. Por un lado, a través del Objetivo de Desarrollo Sostenible 5 y por otro, transversalizando el género en el resto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>35</sup>.

La Declaración Política de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer <sup>36</sup> propone seis estrategias para alcanzar la igualdad de género, y en la misma los gobiernos se comprometen “a adoptar nuevas medidas

---

34 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Memoria del Director General: Trabajo Decente. Conferencia Internacional del Trabajo 87º reunión*. Ginebra, 1999.p.4. La misión de la OIT es mejorar la situación de los seres humanos en el mundo del trabajo. Hoy en día, esa misión concuerda con el afán general, en una coyuntura de grandes cambios, de encontrar oportunidades de trabajo decente.

35 La perspectiva de género en el caso del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 se articula exclusivamente computando los datos correspondientes a mujeres en desempleo. Parece desconocer que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y el trabajo forzoso para prostitución afectan tienen, mayoritariamente, rostro de mujer.

36 Declaración Política. Información sobre la 59 sesión de la CSW, (2015, 6 -20 de marzo); ONU Mujeres, (en línea) Disponible en: [http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa\\_s\\_final\\_web.pdf](http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf) (2015, 10 de abril).

*concretas para asegurar la aplicación plena, efectiva y acelerada de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General*” y establece que se hará a través de las siguientes estrategias: a) el fortalecimiento de la aplicación de leyes, políticas, estrategias y actividades de programas para todas las mujeres y las niñas; b) el apoyo reforzado y aumentado a mecanismos institucionales para la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas a todos los niveles; c) la transformación de normas discriminatorias y estereotipos de género y la promoción de normas y prácticas sociales que reconozcan el papel positivo y la contribución de las mujeres y eliminen la discriminación contra las mujeres y las niñas; d) el aumento significativo de la inversión para subsanar las deficiencias en materia de recursos, en particular mediante la movilización de recursos financieros de todas las fuentes, incluida la movilización y asignación nacional de recursos y la asignación de una mayor prioridad a la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer en la asistencia oficial para el desarrollo; e) el fortalecimiento de la rendición de cuentas para la aplicación de los compromisos existentes; f) y una mejora del desarrollo de la capacidad, la recogida, la supervisión y la evaluación de los datos, y un mayor uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y acceso a ellas.

Es esencial hacer un seguimiento de los avances de forma sistemática y transparente<sup>37</sup> y para poder valorar los avances y retos es preciso que las evaluaciones se realicen desde una perspectiva de derechos y de género. En ese sentido, ambos prismas pueden ofrecer claves para discernir si las políticas adoptadas y los planes ejecutados son adecuados<sup>38</sup>.

De tal modo que la evaluación con perspectiva de género sirve de como herramienta para consolidar la rendición de cuentas respecto a la igualdad de género en la implementación de los Objetivos de desarrollo sostenible<sup>39</sup>.

Naciones Unidas con el objetivo de garantizar el seguimiento y evaluación creó el Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los Indicadores de los

---

37 COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible: Acción europea para la sostenibilidad*. Documento: COM(2016) 739 final.

38 ONU, MUJERES. *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2018. p.42

39 ONU, MUJERES. *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2018. p.43

Objetivos de Desarrollo Sostenible se trata de un organismo intergubernamental al que los Estados Miembros pueden encargar la elaboración de un marco de indicadores para llevar a cabo un seguimiento de los avances hacia el logro de los Objetivos de desarrollo sostenible<sup>40</sup>.

Por su parte, la Unión Europea se ha declarado decidida a desempeñar un papel proactivo en todos los niveles para optimizar la consecución de los objetivos, asegurar la rendición de cuentas a los ciudadanos y garantizar que nadie se quede atrás<sup>41</sup>. La Comisión contribuirá al seguimiento, notificación y análisis del avance hacia los objetivos de desarrollo sostenible en el contexto de la Unión <sup>42</sup>.

En esa dirección, el seguimiento y el examen de los Objetivos y las metas se llevara a cabo utilizando un conjunto de indicadores mundiales que se complementarán con indicadores regionales y nacionales formulados por los Estados Miembros.

Entre las recomendaciones realizadas por el grupo de expertos<sup>43</sup> se encuentran que se establezca un indicador o como máximo dos por meta que se desagreguen por ingresos, sexo, edad, raza, origen étnico, estatus migratorio, discapacidad y ubicación geográfica y otras características, de conformidad con los Principios Fundamentales de las Estadísticas Oficiales<sup>44</sup> y que el seguimiento mundial se asiente en datos nacionales comparables y normalizados, obtenidos del sistema estadístico internacional.

El concepto “indicadores específicos de género” se emplea para referirse a

---

40 ONU, MUJERES. *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2018. p.49.

41 COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible: Acción europea para la sostenibilidad*. Documento: COM(2016) 739 final.

42 COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible: Acción europea para la sostenibilidad*. Documento: COM(2016) 739 final.

43 RIBEIRO, J. *Definición de los indicadores de la implementación de los ods en las américas: aportes de la OIT*. Reunión del comité de coordinación Red Sindical de Cooperación al Desarrollo, CSA São Paulo-SP, 7 de marzo de 2017.

44 Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible Anexo. Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/RES/71/313 1/23. p.1.

los indicadores que incorporan un desglose por sexo o aluden a la igualdad de género como objetivo subyacente a alcanzar<sup>45</sup>.

Ciertamente, debido a la escasez de datos y a la diversidad tanto de la trata de seres humanos como del trabajo forzoso hay pocos medidores generales del mismo, a pesar de lo cual se han comenzado a elaborar indicadores cualitativos basados en estudios, publicaciones de la Organización Internacional del trabajo e informes de diversas organizaciones relativos a los derechos humanos<sup>46</sup>.

No obstante, según la Organización Internacional del Trabajo<sup>47</sup>, para la consecución de la meta 8.7 sería fundamental: Lograr una reducción considerable del número de personas que se encuentran atrapadas en situación de trabajo infantil y trabajo forzoso, a través de: “*una mayor concienciación a escala mundial acerca del problema y de las soluciones; una defensa específica del compromiso de alto nivel; una mayor eficacia de las políticas y planes de acción, incluida una mayor focalización en la prevención; una acción coherente y coordinada a nivel nacional, regional y mundial; una mejor coordinación, supervisión e intercambio de conocimientos; un mayor apoyo a iniciativas nuevas e innovadoras, y la creación de un mecanismo de financiamiento mundial*”.

## 5. Conclusiones

Nuestro país no ha adoptado medidas encaminadas a la consecución de la Meta 8.7 del Objetivo de Desarrollo sostenible 8. En ese sentido, ninguno de los instrumentos vigentes, en nuestro país, para dar cumplimiento a los Objetivos de Desarrollo sostenible contiene ni un diagnóstico, ni objetivos, ni medios para la consecución de su erradicación.

No podemos más que valorar negativamente esta circunstancia pues no solo supone el incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por nuestro país<sup>48</sup> si no que es un lastre para las víctimas de estos graves delitos.

---

45 ONU, MUJERES. *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2018. p.50.

46 KUCERA, D. *The effects of core workers' rights on labour costs and foreign direct investment: Evaluating the «conventional wisdom»*. Documento de trabajo núm. 130. Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra. 2001.

47 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Gobernanza y Tripartismo. *Alianza 8.7 de los ODS Concertar esfuerzos a escala mundial para erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos. Proyecto para consulta*. Ginebra, 2016. p.5.

48 Agenda 2030, Protocolo sobre trabajo forzoso, Convenio de Varsovia, Directiva 2011/36/UE etc.

## 6. Bibliografía

- CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. Balance Prevención y lucha contra la trata de seres humanos en España. Informe 2016.
- CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO. MINISTERIO DEL INTERIOR. Balance Prevención y lucha contra la trata de seres humanos en España. Informe 2017.
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible: Acción europea para la sostenibilidad*. Documento: COM(2016) 739 final.
- DAHRAM, G. “Trabajo decente. Conceptos e indicadores” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 2, 2. 2013. p. 125–160. DAHRAM, G. “Decent work: universality and diversity” in *IILS* 159.2005.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Memoria elevada al gobierno de su M.J. Madrid, 2018.
- GHAL, D. “Trabajo decente. Concepto e indicadores” en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122- 2003, núm. 2.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Informe de España para el examen nacional voluntario. 2018. Madrid. 2018.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030.2018. Madrid. 2018.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Plan Director por un Trabajo Digno. 2018. Madrid. 2018.
- KUCERA, D. *The effects of core workers’ rights on labour costs and foreign direct investment: Evaluating the «conventional wisdom»*. Documento de trabajo núm. 130. Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra. 2001.
- NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Documento: A/69/L.85.
- NACIONES UNIDAS. Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible Anexo. Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/RES/71/313 1/23.
- ONU, MUJERES. *Hacer las promesas realidad: La igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2018.
- RIBEIRO, J. *Definición de los indicadores de la implementación de los ods en las américas: aportes de la OIT*. Reunión del comité de coordinación Red Sindical de Cooperación al Desarrollo, CSA São Paulo-SP, 7 de marzo de 2017.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Memoria del Director General: Trabajo Decente. Conferencia Internacional del Trabajo 87<sup>o</sup> reunión. Ginebra, 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Gobernanza y Tripartismo. Alianza 8.7 de los ODS Concertar esfuerzos a escala mundial para erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos. Proyecto para consulta. Ginebra, 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Gobernanza y Tripartismo. Alianza 8.7 de los ODS Concertar esfuerzos a escala mundial para erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos. Proyecto para consulta. Ginebra, 2018.

UNDOC. Informe mundial sobre la trata de personas. Resumen ejecutivo, 2014.

# LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL TRABAJO DE CUIDADOS: EL CASO DE LAS MADRES COMUNITARIAS EN COLOMBIA<sup>1</sup>

Yenny Zuleima CARREÑO CONTRERAS  
Universidad Industrial de Santander (Colombia)

**RESUMEN:** En este artículo se pretende mostrar algunas consideraciones respecto al trabajo de cuidados y la importancia de su reconocimiento como una labor que le aporta al sistema productivo. Esto, con el fin de visibilizar a muchas mujeres que se dedican a estas actividades y que, sin embargo, no gozan de prestaciones laborales o sociales que les permita tener autonomía económica, perpetuando las brechas de desigualdad que existen entre los géneros. Es por esto que en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, han sido contemplados los trabajos domésticos y de cuidados, como una meta elemental para alcanzar la igualdad entre los géneros. No obstante, existen casos puntuales como las Madres Comunitarias, quienes ejercen labores de cuidados, pero se les ha desconocido sus derechos laborales, invisibilizando su labor y desmejorando las condiciones que permiten alcanzar las metas establecidas de los Objetivos de la Agenda 2030.

*Palabras clave:* Trabajo de cuidados, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Madres Comunitarias, Primacía de la realidad sobre las formas.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El trabajo de Cuidados: Un aporte desconocido al Sistema Productivo. 3. El trabajo doméstico y de cuidados: meta dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. 4. Las Madres Comunitarias, un ejemplo de trabajo de cuidados no remunerado. 4.1. Contextualización de la situación de las Madres Comunitarias en Colombia. 4.2. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. 5. Análisis Final. 6. Bibliografía. 6.1. Jurisprudencia.

## SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS AND CARE WORK: THE CASE OF COMMUNITY MOTHERS IN COLOMBIA

**ABSTRACT:** The intention of this article is to show some considerations in regard to domestic and care taking jobs, as well as the recognition of their importance as a task that contributes to the productive system. That effort, with the intention of making many women that are engaged in this activities visible, and, nevertheless don't receive employment

---

<sup>1</sup> En el año 2018, las Madres Comunitarias en Colombia han continuado con la reclamación de sus derechos laborales, siendo un tema de trascendencia constitucional que permite el análisis de la concepción de los trabajos domésticos y de cuidados en Colombia.

and social benefits that allows them to have economic independence, thus perpetuating the wage gap between genders. This is why, in the Sustainable Development Goals, care and domestic works have been taken into account as an elementary aim to reach gender equality.

However, there are isolated cases, such as the Community Mothers, who exercise caring labor, but have been deprived of their working rights, making their efforts invisible and deteriorating their working conditions and impeding them to reach the goals established by the 2030 Agenda.

*Palabras clave:* Care Work, Sustainable Development Goals, Community Mothers, Primacy Reality.

## 1. INTRODUCCIÓN.

Los objetivos de desarrollo sostenible (en adelante ODS), son aquellas pautas internacionales que le permiten a los Estados alinearse con el fin de que todos y todas tengan una constante de crecimiento y desarrollo. Así las cosas, se han planteado para su cumplimiento en 2030, diecisiete objetivos, que son el resultado del análisis de situaciones que aquejan al mundo y que al ser identificadas de manera idónea se podrá trabajar conjuntamente en aras de avanzar en la mejora de la calidad de vida de las personas, en el desarrollo de las comunidades y por ende de los Estados.

Dentro de estos lineamientos, las mujeres jugamos un papel principal, al ser un foco de atención, pues si consideramos que los mismos apuntan a disminuir brechas de pobreza y desigualdad, somos un índice a estimar, ya que marcamos las estadísticas en rojo al momento de realizar equiparaciones con las situaciones que viven los hombres. Con esto se pretende plantear que las mujeres, aún estamos en desventaja pese a representar la mayoría de la población mundial<sup>2</sup> y conocemos de antemano que las causas radican en un sistema patriarcal que ha sido construido desde antaño, basado en la importancia de la participación social del hombre, de la visibilización de la vida pública y de la invisibilización de la vida privada, en donde históricamente ha estado la mujer relegada.

---

2 De acuerdo a las estadísticas de Banco Mundial, las proyecciones del año 2017 reflejan que hay un porcentaje mayor de mujeres que de hombres, consultado el 20 de Septiembre de 2018, en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL.MA.IN?end=2017&start=2015>



Es por esta razón que al analizar, las situaciones que fueron estudiadas por los diferentes organismos Internacionales de Derechos Humanos al momento de plantear los objetivos de desarrollo sostenible, encontramos, cómo el trabajo doméstico y de cuidados, es considerado uno de los indicadores más desiguales, al establecerse que este es realizado tres veces más<sup>3</sup> por las mujeres que por los hombres, siendo causa de una proporción elevada de la brecha entre géneros.

De este modo, muchos objetivos planteados, principalmente el 5 apunta a la necesidad de igualar las condiciones entre mujeres y hombres, incluyendo dentro de las metas “Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”<sup>4</sup>, así como “Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública”<sup>5</sup>. Las dos metas son imprescindibles para alcanzar los objetivos propuestos, sin embargo, para el presente artículo me enfocaré en la meta 5.4., pues su interpretación ha generado un debate internacional en cuanto a la mercantilización de los trabajos domésticos y de cuidados o la inclusión de una política de corresponsabilidad que incluya al Estado, la sociedad y la familia, para menguar las cargas a las que diariamente se ven sometidas las mujeres y de esta manera, permitir que las mismas puedan tener iguales oportunidades laborales que los hombres.

Por tanto con el fin de analizar concretamente la situación del trabajo doméstico y de cuidados y del concepto de corresponsabilidad y seguridad social, se mostrará el caso de las Madres Comunitarias y Padres Comunitarios en Colombia, -siendo estas en su mayoría mujeres-, quienes se dedican a labores de cuidados de niños y niñas en comunidades menos favorecidas, y a quienes no se les ha reconocido su labor como un trabajo subordinado, desconociendo sus derechos laborales, entre ellos la seguridad social. Sin duda el caso de las Madres Comunitarias en Colombia, nos permite ilustrar clara-

---

3 Organización de Naciones Unidas, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, New York, 2018, p.6. consultado el 2 de Septiembre de 2018, en: <https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2018/TheSustainableDevelopmentGoalsReport2018-ES.pdf>.

4 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, A/RES/70/1, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 2015, p.20., consultado el 15 de septiembre de 2018, en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.

5 *Ibidem*.

mente, cuán lejos estamos de trabajar en el objetivo 5.4., planteado dentro de los ODS.

Así las cosas, este artículo, partirá de un análisis de la doctrina respecto al tema de las labores de cuidados, del no reconocimiento del aporte que realiza al sistema productivo, de la desventaja que representa para las mujeres cuando hablamos de disminuir las brechas económicas entre los géneros y la importancia que juega la seguridad social en ello. De la misma manera, se ilustrará con la jurisprudencia emanada por Corte Constitucional de Colombia en la materia, con el fin de entender el contexto particular, siendo un tema de relevancia iusfundamental si consideramos que quienes se dedican a esto son aproximadamente de 69.000 Madres Comunitarias y algunos padres comunitarios –como lo muestra la página oficial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)<sup>6</sup>–, poniendo de manifiesto la situación laboral de estas mujeres y la desventaja creada por el mismo Estado quien ha sido cómplice del desmedro en los derechos de las mismas y del aumento perse de la brecha de género y de la brecha de la pensional.

## **2. El trabajo de Cuidados: Un aporte desconocido al Sistema Productivo.**

El trabajo doméstico y de cuidados, ha sido considerado a través de la historia como una labor que pertenece única y exclusivamente a la mujer<sup>7</sup>. Por esta razón, siendo el mismo perteneciente al ámbito privado, relega a las mujeres dedicadas a esta labor a esa esfera.

En torno al concepto del trabajo doméstico y de cuidados, se ha generado un debate en cuanto a la definición y establecimiento del mismo, por tanto, en aras de tener una aproximación, la autora Carol Thomas, ha establecido que los mismos son: “la prestación remunerada o no remunerada de apoyo en la cual intervienen actividades que implican un trabajo y estados afectivos. Los prestan principal, aunque no exclusivamente, mujeres, tanto a personas adultas sanas como a personas dependientes y a los niños y niñas,

---

6 Información tomada de la página oficial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la cual puede ser consultada en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PrimeraInfanciaICBF/Madres>

7 Silvia Federici establece al respecto: “El trabajo doméstico fue transformado en un atributo natural en vez de ser reconocido como trabajo ya que estaba destinado a no ser remunerado” Federici, S. *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, Madrid, Traficantes de sueños, 2013, p. 37.

en la esfera pública o en la esfera doméstica, y en una diversidad de marcos institucionales”<sup>8</sup>.

Tomando la definición precedente, se parte de la premisa que el trabajo de los cuidados puede ser remunerado o no. Sin embargo, es importante al respecto, tener en cuenta que en su mayoría no lo es, pues es el trabajo invisibilizado que las mujeres realizan, cuando están tiempo completo en casa, o cuando desempeñando actividades laborales distintas, regresan a su hogar a realizarlas.<sup>9</sup>

Así es claro, que este trabajo oculto generalmente se caracteriza de esta manera por pertenecer al ámbito privado, lugar al que han sido relegadas las mujeres. Desde el movimiento feminista hay diversos análisis, Ángela Davis muestra cómo desde la creación de la propiedad privada<sup>10</sup>, podría estimarse que la distribución entre las labores de hombres y mujeres han sido destinadas a distintos estadios, el privado y el público. No obstante Teresa López Pardina<sup>11</sup> ha establecido, cómo desde nuestros orígenes los hombres han te-

---

8 Thomas, C., “Deconstruyendo los conceptos de cuidados”. En *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas.*, editado por Cristina Carrasco, Cristina Borderías y Teresa Torns, Madrid, Catarata, 2011, 145-176, p.169.

9 Varela, N. *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, 1 Edición, Barcelona, 2013, p. 209.

10 Como lo cita Davis, A. “Engels, ha establecido con la propiedad privada la familia y el Estado que antes del advenimiento de la propiedad privada, la desigualdad sexual no existía tal y como hoy se la conoce. Durante las primeras etapas de la historia, la división sexual del trabajo dentro del sistema de producción económica estaba regida por un criterio de complementariedad y no de jerarquía” Davis A, *Mujeres Raza y Clase*, Ediciones Alcal, 2 Edición, Madrid, 2004-2005, p. 223.

11 Como lo describe esta autora: “La aparición de los metales proporciona mejores armas al hombre primitivo, lo cual le permite roturar más tierras, ser más eficaz en la caza y en la lucha contra sus congéneres. Este mismo fenómeno posibilita la iniciación de la propiedad privada, el comienzo de la esclavitud y el sometimiento de la mujer” López Pardina, T., “Prólogo”, en, Beauvoir S., *El Segundo Sexo*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2 Edición, 1999, p. 19. En complemento de esta afirmación Ángela Davis asevera: “En las sociedades donde los hombres habrían sido los responsables de la caza de animales salvajes y las mujeres, a su vez, de recolectar las verduras y las frutas silvestres, ambos sexos desempeñaron tareas económicas igualmente esenciales para la supervivencia de su comunidad. Dado que en aquellas etapas la comunidad era, esencialmente, una familia extendida, el lugar central de las mujeres en la economía llevaba aparejado que ellas fueran valoradas y respetadas en calidad de miembros productivos de la comunidad” Davis, A. *Mujeres, Raza y Clase...* p.223.

nido una participación más activa en lo público, pues desde la aparición de las primeras herramientas para cazar han sido ellos, quienes se han dedicado a las labores fuera del hogar y las mujeres quienes debían quedarse en casa administrando las labores que permiten que funcione el ámbito doméstico y que se sostenga la vida.

Por esta razón, se ha asociado a las mujeres al ámbito privado y a los hombres al ámbito público<sup>12</sup>, lo que les ha otorgado la posibilidad de participar en las decisiones que han organizado la sociedad, mientras que las mujeres no han tenido participación política, manteniéndose invisibles, sometidas y obedientes en torno a las decisiones que han sido tomadas para ellas.

Las decisiones políticas que se han adoptado, han permitido la formulación de formas de Estado y con ello de un sistema de organización social como el capitalismo que le ha dado mayor importancia al trabajo industrializado (productivo), que al trabajo doméstico (reproductivo)<sup>13</sup>. Se genera así la segregación de las actividades realizadas por las mujeres, y el no reconocimiento del aporte que desde el ámbito doméstico se otorga al sistema productivo, pues no es una labor que genera rentabilidad, siendo despreciadas por el sistema capitalista.

Por esta razón, en los años 60 y 70 surgen las primeras reivindicaciones feministas que luchan por la salarización del trabajo doméstico, en donde les sean reconocidos los aportes que desde el mismo se hace al sistema productivo, con el fin de que las mujeres reciban una remuneración por las labores que realizan. La salarización es un punto importante – aunque no siempre imprescindible-, pues como lo asegura Silvia Federici, “Tener un salario significa ser parte de un contrato social, y no hay duda alguna acerca de su sentido: no trabajas porque te guste, o porque te venga dado de un modo natural, sino porque es la única condición bajo la que se te permite vivir.”<sup>14</sup>

Al respecto es importante también indicar que el establecimiento de sa-

---

12 “Las distintas labores y roles se han dividido socialmente “en un mundo masculino/público y en un mundo femenino/privado” Mellor M., “Plantando cara al nuevo (des) orden mundial: Socialismo Verde Feminista”. En *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas.*, editado por Cristina Carrasco, Cristina Borderías y Teresa Torns, Madrid, Catarata, 2011, 252-277, p.259.

13 En este sentido, como lo establece Ángela Davis “El avance de la industrialización, en la medida en que llevó aparejado el desplazamiento de la producción económica del hogar a la fábrica, produjo la erosión sistemática de la importancia del trabajo doméstico realizado por las mujeres” Davis, A. *Mujeres, Raza y Clase...* p. 226.

14 Federici, S. *Revolución en punto cero...* p. 37.

larios no es la única manera en la que las mujeres que realizan trabajos domésticos y de cuidados puedan tener una equiparación social, pues no todas quieren dedicarse a ello. Por esta razón, quienes decidan tener trabajos fuera del ámbito doméstico requerirán de la corresponsabilidad emanada de la familia, la sociedad y el Estado<sup>15</sup>, como se desarrollará más adelante.

De esta manera, las mujeres despiertan del letargo al que habían sido sometidas, generando desde entonces, que el trabajo doméstico, tenga una concepción distinta, estableciendo un cambio, no en las labores que se realiza, sino en la importancia que se le empieza a otorgar al mismo.

Así las cosas, no hay que desconocer que las labores domésticas y de cuidados permiten que muchas actividades del sector económico sean posibles<sup>16</sup>, por lo que se ha podido estimar que el trabajo reproductivo soporta el trabajo productivo.

Aunado a esto, es imprescindible poner de manifiesto que las mujeres han conquistado en los últimos años, espacios públicos, que les han permitido salir al sector productivo y desempeñar actividades laborales que les generan ingresos y con ello ser económicamente más independientes. De esta manera, puede notarse cómo las estadísticas mundiales muestran como se ha incrementado la inserción laboral de las mujeres en el mercado de trabajo. Sin embargo, también ha sido citado por los informes de la OIT<sup>17</sup>, que las mismas no han tenido una disminución en sus labores en el hogar, por lo que es claro que se ha multiplicado el tiempo que éstas realizan actividades productivas y reproductivas, dejando poco espacio al ocio (que es considerado en muchos

---

15 Blázquez Agudo, E. La igualdad de género como Objetivo de Desarrollo Sostenible, *Revista Femeris*, Vol.2., N°1, 2017, p. 4.

16 Un ejemplo muy ilustrativo lo podemos encontrar con el llamado padre de la Economía, “Cuando Adam Smith se sentaba a cenar, pensaba que si tenía la comida en la mesa no era porque les cayera bien al carnicero y al panadero, sino porque estos perseguían sus propios intereses por medio del comercio. Era por tanto el interés propio el que le servía la cena. Sin embargo, ¿Era así realmente? ¿Quién le preparaba, a la hora de la verdad, ese filete a Adam Smith? Adam Smith nunca se casó. El padre de la ciencia económica vivió la mayor parte de su vida con su madre, que se encargaba de la casa mientras un primo gestionaba sus finanzas” Marçal, K., ¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía. Trad. E. García Posada, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2 Edición, 2017, p. 27.

17 Organización Internacional de Trabajo, *Las mujeres en el Trabajo*, Ginebra, 2016, p.19, consultado el 15 de septiembre de 2018 en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_483214.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_483214.pdf).

países como un derecho), al fortalecimiento de competencias o a la formación académica, que repercute negativamente en sus cargos profesionales<sup>18</sup>. Es importante que se tenga en cuenta las discusiones del movimiento feminista en cuanto a las dobles jornadas lo cual abre el debate de la corresponsabilidad en materia de cuidados y en la importancia de que el Estado, la sociedad y la familia, compartan las actividades que a ello refieren, pues no puede generarse con la salarización un pago a unas actividades, y el mantenimiento de jornadas dobles para las mujeres.

De esta manera, como se muestra en las estadísticas las mujeres pese a insertarse en el mundo del trabajo, no se han desligado de las labores de cuidado y trabajo doméstico, siendo entonces, un ámbito que ha sido acuñado a las mismas. No obstante, como lo manifiesta Carol Gilligan, realmente no podemos establecer un sentido esencialista en el cual, la mujer por naturaleza tienen un rol y los hombres otro, sino que claramente las construcciones que se han establecido en cuanto al desempeño de actividades en el ámbito privado y público son construcciones sociales y culturales.<sup>19</sup>

Por este motivo, desarticular y deconstruir las ideas que imputan las labores de cuidados únicamente a las mujeres, es imprescindible para avanzar hacia la igualdad y la disminución de las brechas de género. Así hay que empezar por las propias mujeres, por la concepción que tienen de sí mismas y quienes han sido permeadas por la construcción patriarcal, que les otorga un rol que en muchos casos no ha sido cuestionado por mantener ideas culturales ajenas a su propia naturaleza.<sup>20</sup>

---

18 Como lo establece Eva Blázquez: “En primer lugar, están las mujeres que se dedican exclusivamente a las actividades de cuidado. Si las mujeres continúan dedicándose a estos trabajos no podrán acceder a actividades remuneradas que les permitan tener sus rentas propias y ser independientes. De acuerdo con estas premisas, este colectivo de mujeres que, al no desarrollar actividad laboral, no acceden por sí mismas a la protección social, pueden verse en el futuro desamparadas y sin medios económicos para vivir. Blázquez Agudo, E. La igualdad de Género como objetivo de desarrollo Sostenible” ....p.3.

19 Gilligan, C., “El daño moral y la ética del cuidado”, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, n.º 32, 2013, 10-39, p.30

20 Como lo establece Teresa López Pardina, cuando referencia a Simone de Beauvoir “se acerca al postmodernismo en la medida en que, por estar el sujeto situado, acepta que la subjetividad es en parte social y discursivamente construida”, lo que significa que la construcción social ha incidido claramente en el concepto que muchas mujeres han adoptado sobre el trabajo doméstico, puesto que lo han hecho parte de su naturaleza pese a ser parte de un discurso externo. López Pardina, Prólogo, en Beauvoir, S., *Segundo Sexo...* p.25.

Por este motivo, cuando se habla de empoderamiento femenino, no se hace exclusivamente a un factor económico, sino además a la generación de un conocimiento consensuado y consciente que conozca la historia y permita que cada mujer críticamente defina sus roles sociales, de conformidad con la libertad que goza. Esto sin duda, permite que exista un fortalecimiento de los movimientos políticos que impulsan sus ideales, y que de esta manera, se puedan establecer políticas que realmente permitan la igualdad entre hombres y mujeres, disminuyendo las brechas a las que hacen referencia los ODS.

### **3. El trabajo doméstico y de cuidados: meta dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.**

Los ODS, han sido planteados por las organizaciones internacionales, con el fin de superar problemáticas que aquejan a muchos Estados, principalmente en materia de Derechos Humanos y que pretenden como tal mantener un equilibrio mundial con el fin de proteger al ser humano, la naturaleza, y permitir el desarrollo de las comunidades, en aras de que se tenga una mejor calidad de vida. Esto claramente es indicativo de que las tres dimensiones fundamentales de los ODS son el desarrollo económico, la inclusión social y la sostenibilidad ambiental. Para que estos presupuestos sean cumplidos se han planteado metas que apuntan a “hacer realidad de los derechos humanos de todas las personas, alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas”<sup>21</sup>.

De esta manera, es claro como las mujeres somos un punto clave para el cumplimiento de los ODS<sup>22</sup>, considerando que las brechas de género en cuanto a las oportunidades laborales y económicas son bastante amplias, puesto que se ha naturalizado que las mismas sean las encargadas de las labores de cuidados y trabajo doméstico siendo uno de los focos de desigualdad que impera actualmente.

Así las cosas, en la meta 5.4., se ha contemplado por parte de las organizaciones internacionales “valorar los cuidados y el trabajo doméstico no re-

---

21 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, A/RES/70/1, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible...* p.1.

22 “En conclusión, los ODS ponen en evidencia la situación actual de la mujer en el mundo, que todavía es lejana a la situación de paridad con los hombres, y anima a los Estados y a sus habitantes a luchar por este objetivo.” Blazquez Agudo, E. La igualdad de Género como objetivo de desarrollo Sostenible”, *Revista Femeris...* p.4.



munerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”<sup>23</sup>, pues su cumplimiento permitiría avanzar en el cumplimiento de la meta de igualdad de género que se propone para el 2030, estableciéndose que “es fundamental corregir los déficit y las desigualdades persistentes en el terreno de los cuidados para lograr muchos otros objetivos”<sup>24</sup>

No obstante lo anterior, pese a plantearse la importancia de otorgar un valor a los cuidados y al trabajo doméstico realizados por las mujeres, notamos, como en experiencias internas de países como Colombia, se emanan criterios normativos que no permiten avanzar hacia el objetivo sino contrario a ello, consienten la propagación de la desigualdad. Tal es el caso, de las “Madres Comunitarias”, quienes han ejercido una labor de cuidado a niños de estratos económicos bajos<sup>25</sup>, y a quienes no se les ha reconocido económicamente su labor, sino que se estima que la misma hace parte de lo consignado constitucionalmente como corresponsabilidad por parte del Estado y la sociedad en el cuidado de los menores; siendo entonces una labor comunitaria y solidaria, tal como lo ha designado la Corte Constitucional de Colombia.<sup>26</sup>

Por esta razón, el trabajo doméstico y de cuidados, se considera un factor a tener en cuenta, cuando hablamos de la brecha entre los géneros, puesto que

---

23 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución A/RES/70/1 (2015)*...p.20.

24 ONU Mujeres, “*Hacer las promesas Realidad: La igualdad de género en la Agenda 2030 para el desarrollo Sostenible*” Milán, 2018, p.216, consultado el 5 de Septiembre de 2018, en: <http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=834>.

25 En Colombia la sociedad se encuentra jerarquizada por estratos económicos y sociales que se adoptaron con la ley 142 de 1994 que en su artículo 14.8 los define como: “la clasificación de los inmuebles residenciales de un municipio, que se hace en atención a los factores y procedimientos que determina la ley.”. Es decir inicialmente esta estratificación se hacía para los inmuebles pero generalmente se convirtió en una jerarquización social.

26 En Colombia se ha generado un amplio debate en torno a si la labor realizada por las Madres Comunitarias puede ser considerada como un trabajo subordinado con los derechos laborales que esto representa, o si contrario a ello, se debe establecer que las mismas ejercen una labor comunitaria y solidaria que no tiene derecho a acceder a las prestaciones económicas de un contrato de trabajo incluyendo el acceso a la seguridad social, que es una de las reclamaciones principales de las mismas. Puede notarse la controversia en dos sentencias fundamentales de la Corte Constitucional de Colombia, la T-480 de 2016 y la SU-079 de 2018 de esta misma corporación.



la disposición de tiempo completo que le dedican las mujeres al mismo, obstruye el acceso al mercado laboral, mientras que en el caso de quienes dedican una parte del día a los mismos y se insertan en trabajos asalariados, genera que se hable de dobles y hasta triples jornadas que desgastan a las mujeres y no les permiten realizar sus actividades de la misma manera que un hombre, o de ofrecer la misma disposición de tiempo al tener responsabilidades fuera del ámbito de trabajo. Es claro que en la mayoría de los casos, las labores domésticas y de cuidados que realizan las mujeres no es remunerado – salvo cuando se realiza fuera del hogar, por lo que se cobra por ello-, impidiendo que las mujeres tengan derechos laborales, o hagan cotizaciones al sistema de seguridad social, que con posterioridad puede asegurar económicamente su vejez.

De esta manera, para que se puedan cumplir los ODS, en cuanto a la igualdad de género, es necesario que las políticas internas de cada país respondan coherentemente con la meta y con el objetivo propuesto, pues es desde la normativa interna donde se pueden iniciar los cambios sustanciales para llegar a una transformación global.

Estas políticas internas pueden responder a los contextos económicos y sociales de los Estados, por tanto de conformidad con los análisis que puedan realizarse, se puede hablar de establecimiento de salarios justos para remunerar el trabajo doméstico que permitan el acceso al sistema de seguridad social. De esta manera garantizar que las mujeres cuenten con la posibilidad de ser independiente económicamente y a su vez puedan acceder a una pensión de vejez que pueda garantizar que en esa etapa de su vida no estén desamparadas.

No obstante, no todas las mujeres quieren dedicarse exclusivamente al ámbito doméstico, por lo que considerando que gracias a las conquistas de las mujeres, muchas en el mundo de hoy tienen capacidades artísticas, laborales y profesionales que le permiten abrirse paso en el ámbito público. Así las cosas, no podría hablarse exclusivamente de remuneración de las labores que éstas realizan en su ámbito doméstico, sino de la corresponsabilidad, es decir hacer una distribución de los trabajos de cuidados, en donde las familias, el Estado y la sociedad, contribuyan con lo propio.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Un ejemplo de ello es el Jardín Materno Infantil “Mi pequeña Ciudad” adscrito a la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires, quien desde 1999 opera como proyecto pedagógico de cuidados para los niños y niñas del personal que labora tiempo completo en la Institución. Es claro como esto puede llegar a ser un proto-

Estas medidas se asocian necesariamente a la posibilidad de que la mujer tenga autonomía económica, lo que previene en la mayoría de casos la explotación y la violencia contra la misma. Además de ello, el sistema de seguridad social de los distintos países debe realizar modificaciones internas que permitan una adecuación estructural generando sistemas más inclusivos, con perspectiva de género, que contemplen cuestiones como la variable de esperanza de vida, que al ser mayor para las mujeres genera, que pese a haberse constituido el mismo capital para la vejez, la pensión resultante pueda resultar inferior al ser mayor su expectativa de vida.<sup>28</sup>

Sin duda este tipo de políticas contribuyen a que los países puedan avanzar en pro de la consecución de los ODS; por lo que siempre al establecer determinado rumbo normativo se debe considerar el factor de género, el cual es esencial para entender las realidades y que las normas sean eficaces. Así las cosas, el ordenamiento colombiano no debe desconocer los preceptos epistemológicos y fácticos que fundan las decisiones que se toman en pro de las mujeres o de los colectivos. Sin embargo, se expondrá a continuación un reciente caso analizado por la Corte Constitucional Colombiana, que trata sobre las Madres Comunitarias; aquellas mujeres dedicadas al cuidado y a quienes se les ha manifestado que su trabajo es caritativo y solidario, con características distintas a una relación laboral.

#### **4. Las Madres Comunitarias, un ejemplo de trabajo de cuidados no remunerado.**

El 9 de agosto de 2018, la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia de Unificación 079 de 2018, decidió acerca de la petición de 162 Madres Comunitarias<sup>29</sup> que abogaban por el reconocimiento de sus años

---

tipo de la corresponsabilidad que puede surgir en el trabajo de cuidados entre el Estado, la familia y la sociedad, pues pese a no generar un gran impacto en argentina (por ser un proyecto pequeño), si ayuda a un número de madres y padres que laboran en la Universidad. Puede consultarse su proyecto en: <http://jardin.exactas.uba.ar/>

28 Huertas Bartolomé, T., Cabezas González, M., Torres Margalef, J., Fernandez Arrúe, E., *La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas*, OISS, 2016, p.25.

29 “Las madres comunitarias, son mujeres que escasamente han finalizado su escolaridad, la mayoría son de escasos recursos económicos para instalar su propio hogar y/o guardería, para brindar atención pertinente y apropiada para el desarrollo de los niños de la comunidad que les son asignados, y de esta manera apoyar a los padres de familia

de servicio, con el fin de que se les otorgara la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación en aras de tener una vejez tranquila. Contrario a esto, los magistrados decidieron que las labores desempeñadas por estas mujeres (hasta antes del año 2014) no revestían características de relación laboral, pues era una labor voluntaria con enfoque solidario y de corresponsabilidad social, pese a que las acciones desempeñadas fueran las mismas. Por esto, para entender la decisión, de los jueces de instancia, es necesario hacer una contextualización, que permita entrever la situación en la que se encuentran las Madres Comunitarias, la cual está en contraposición de lo contemplado internacionalmente para lograr los objetivos y metas de los ODS relacionados con las labores domésticas y de cuidados.

#### **4.1. Contextualización de la situación de las Madres Comunitarias en Colombia.**

Mediante la ley 89 de 1988 se crearon los Hogares de Bienestar, definidos en el artículo 1 parágrafo 2, como:

“aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país”.

Como es claro, en la normativa citada, estos Hogares de Bienestar se fundaban en los estratos económicos más vulnerables del país, razón por la que las Madres Comunitarias, quienes iniciaban con esta acción pertenecían a esta misma condición social.

Así las cosas, el ICBF, consagraba, que cada hogar comunitario debía tener un determinado número de niños (15 generalmente)<sup>30</sup>, que se debía cumplir

---

que deben ir a sus trabajos durante todo el día o que, por el contrario, son víctimas del desempleo, desplazamiento, etc., y a los que les resulta fundamental contar con el servicio y compromiso de estas mujeres para que sus hijos puedan recibir la alimentación y cuidados adecuados.” Cifuentes Bernal, B. & Pérez Orozco, A., “Las madres comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar comprometidas con la atención integral de los niños en condiciones de pobreza y/o situación vulnerable”, *Lumen*, N° 6, Universidad del Norte, 2008, p. 3.

30 De conformidad a lo relatado y analizado en los hechos puestos a consideración de

con un horario de atención de los menores (hasta ahora desde las 8:00 am hasta las 4:00 pm), y que en retribución se otorgaría a la madre comunitaria una “beca” por un valor inferior al salario mínimo, que se complementaría con un valor pagado por los padres de familia que harían uso de estos lugares.

A su vez, el ICBF realizaba labores de supervisión, implementaba controles de calidad, hacía exigencias respecto a la capacitación de las mujeres que se dedicaban a esta labor, en donde incluso debían solicitar permisos para ausentarse, en el momento en el que por alguna razón personal no pudiese prestar estos servicios.

En la realización de las labores, estas mujeres dedicadas a los cuidados de los niños y las niñas que no se encontraban aún en edad escolar, eran las responsables de mantenerlos en casa, alimentarlos, dormirlos, según el programa que era indicado por el ICBF.

Generalmente, las mujeres que incursionaban en este programa no estaban profesionalizadas, se habían dedicado siempre a las labores domésticas. Por ello que más que una consideración en cuanto a la contribución que podrían haber realizado a la sociedad, veían en este programa la posibilidad de tener un ingreso económico que les permitiera ser más autónomas y mejorar la situación económica de sus familia, ya que su estatus no era el más estable<sup>31</sup>.

Por esta razón, con los años, las Madres Comunitarias empezaron a realizar una serie de peticiones legítimas, las cuales se derivaban de su labor, puesto que al no haber tenido acceso al sistema de seguridad social, muchas de ellas al entregar su hogar comunitario al ICBF (es decir terminarlo voluntariamente, renunciar al desempeño de esta labor), nuevamente quedaban sin un ingreso económico. De este modo también perdían la posibilidad de contar con mínimo una pensión de vejez que les permitiera tener una calidad de vida digna, como lo promulga el Ordenamiento Constitucional Colombiano y sí algunas con deficiencias de salud relacionadas derivadas de esta actividad.

---

la Corte Constitucional de Colombia, en las acciones de tutela interpuestas que se analizarán en el acápite de jurisprudencia.

31 Es importante al respecto aclarar que las Madres Comunitarias, en su momento se acogieron a la normativa, con el desconocimiento de sus verdaderos contenidos filantrópicos, tal es el caso, que sus reclamaciones siempre han girado entorno a derechos que se derivan de una relación laboral, por lo que claramente se deduce, que la actividad para estas mujeres, no estaba enmarcada en la corresponsabilidad, sino en una oportunidad laboral.

#### 4.2. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Uno de los primeros pronunciamientos realizados por la Corte constitucional, en cuanto al vínculo que sostenían las Madres Comunitarias con el ICBF, se puede encontrar en la sentencia T-269 de 1995, donde establece que la relación que existe entre las partes es meramente contractual, puesto que para que se configure una relación laboral se deben cumplir con los tres presupuestos de la misma. Esto es que exista subordinación laboral, un salario y una prestación personal del servicio. De esta manera, considerando que la beca otorgada por el ICBF no reviste la característica de salario, no puede fallarse por parte de este ente la existencia de un contrato de trabajo, mucho menos cuando se genera en una entidad pública<sup>32</sup>.

Este pronunciamiento fue rectificado por la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia de Unificación 224 de 1998, estableciendo el vínculo contractual civil entre las partes. No obstante, tuvo un salvamento de voto realizado por los magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, en donde se apartan del criterio de la misma estableciendo:

“A nuestro juicio, la Corte se limita a afirmar el carácter contractual de la relación, sin sustentarlo a la luz de los principios constitucionales, en especial los contemplados en el artículo 53 de la Carta, y desconociendo lamentablemente la realidad de las condiciones en que se prestan los servicios personales por las Madres Comunitarias... Prefirió la Corporación eludir todo examen material del problema, remitiendo su dictamen a los argumentos del juez de instancia y a lo dicho en sentencia anterior de una sala de revisión, sin profundizar en elementos tales como la continuada subordinación y dependencia de las Madres Comunitarias, su obligación de cumplir horario, su necesaria presencia en el ho-

---

32 Al respecto se puede extraer textualmente de esta sentencia: “Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado-, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada.” Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia T- 269 de 23 de Junio de 1995. Consultada el 10 de Septiembre de 2018, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-269-95.htm>.

gar correspondiente, el sometimiento a instrucciones sobre el funcionamiento de aquél, la insistencia de una ínfima remuneración periódica inferior al salario mínimo legal, la prestación efectiva, cierta, constante y además exclusiva de un servicio personal, elementos todos ellos que, si se hubiese aplicado un criterio de prevalencia del Derecho sustancial, deberían haber llevado, en sana lógica y en desarrollo de la doctrina sentada por la Corte en otros casos (v.gr., en el de los maestros), a concluir que en realidad está de por medio el trabajo de un importante número de mujeres colombianas claramente discriminadas en relación con los demás trabajadores, y que inclusive -dado el nivel de sus únicos ingresos- ven comprometido su mínimo vital.”<sup>33</sup>

Esto muestra, que la realidad de las Madres Comunitarias podría llegar a configurar una relación laboral. No obstante, la formalidad jurídica establece dentro de sus contenidos<sup>34</sup>, preceptos en los que claramente establece que la vinculación de las peticionarias con el ICBF no revisten este carácter, pero que, si se hace un análisis sustancial de los derechos puede encaminarnos a concluir que existe un contrato realidad, y que por ello debería analizarse a profundidad cada elemento con el fin de enmarcarla correctamente, salvaguardando los derechos de las mujeres que realizan esta labor.

Es por este motivo, que a sabiendas de las reclamaciones que estaban realizando las Madres Comunitarias a sus jueces competentes, el Estado mediante ley 1607 de 2012 estableció en su artículo 36, que durante el año 2013 las Madres Comunitarias recibirían una “beca” por valor de un salario mínimo. Además a partir del año 2014 las mismas deberían estar formalizadas laboralmente sin revestir el carácter de servidora pública.

Consecuencia de esta disposición, el ICBF mediante circular 000008 de 3 de febrero de 2014, en cumplimiento de la normatividad, estableció las reglas para la vinculación de 73.000, Madres Comunitarias al sistema de Seguridad

---

33 Gaviria Díaz, C., Hernandez Galindo, J., Martínez Caballero, A., Salvamento de Voto. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-SU 224 de 20 de Mayo de 1998. Puede consultarse en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU224-98.htm>

34 Al respecto puede consultarse el Decreto 1340 de 10 de Agosto de 1995 que en su artículo cuarto establece: “la vinculación de las Madres Comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de **“Hogares de Bienestar**, mediante trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y de la familia: por consiguiente, **dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo**, ni con las entidades públicas que en él participan”. (subrayas y negritas fuera de texto)

Social, lo cual se haría mediante las Entidades Administradoras de los Hogares Comunitarios ( en adelante EAHC) y no desde el mismo Instituto Público. De esta manera el ICBF no asumió su cargo como empleador, sino que le otorgó este carácter a las EAHC.

Esta norma no resolvía las reclamaciones de estas mujeres, considerando que la formalización se daba desde el año 2014, por lo que anterior a ello, si bien existía un subsidio por parte del Estado para apoyarlas en los aportes, los mismos no se generaron desde la época de su vinculación. Por lo que no contaban con las semanas de cotización requeridas para una posible pensión de vejez. Por este motivo, se continuó con las acciones de tutela en aras de que se respaldaran sus derechos.

Citando entonces, los pronunciamientos más relevantes para el análisis del presente caso, la Corte Constitucional Colombiana, mediante sentencia T-480 de 2016, cambia su jurisprudencia al respecto. Esta vez, hace un análisis de cada uno de los elementos que constituyen la relación laboral, poniéndolos en paralelo con la situación presentada por las Madres Comunitarias. Estimando, que existe una relación laboral, y que por tanto, estas mujeres tienen derecho a gozar de los derechos labores, que de ello se desprende.

En esta sentencia se hace énfasis en la prohibición de la discriminación por razón de género, y permite intuir, que en efecto se hace una reivindicación de las labores realizadas por estas mujeres. De esta manera señala la Corte al respecto:

“El objetivo de dicha garantía es eliminar todo acto o manifestación de discriminación en contra de la mujer por razones de sexo, al igual que proteger los derechos laborales de las mujeres trabajadoras, especialmente de aquellas que bien sea estén en una situación económica precaria, pertenezcan a un sector deprimido económica y socialmente, hagan parte de un grupo tradicionalmente marginado, tengan el estatus de la tercera edad y/o afronten un mal estado de salud”<sup>35</sup>

Tal como lo indica la Corte y como se puso en conocimiento en la contextualización, las mujeres dedicadas a esta profesión, carecían de recursos económicos por pertenecer a sectores económicos bajos, además de empezar a sufrir enfermedades derivadas de su labor, y que no eran cubiertas por un sistema de riesgos. Sin embargo en cuanto a las cotizaciones al sistema de

---

35 Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia T- 480 de 1 de Septiembre de 2016, consultada el 1 de Agosto de 2018, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-480-16.htm>

seguridad social, las mismas contaban con un régimen mixto<sup>36</sup>, “propio del programa”, ya que por no tener ni siquiera acceso a un salario mínimo no podían realizar las cotizaciones como las ordenaba la ley 100 de 1993<sup>37</sup>, perteneciendo a un régimen especial donde el Estado subsidiaba el 80% del mismo. No obstante, éste lo podían perder si dejaban de realizar el pago del 20% que les correspondía, quedando entonces sin ningún cubrimiento de seguridad social en materia de pensiones.

Esto claramente genera que el no reconocimiento de sus derechos laborales, afecte su calidad de vida, pues pese a que para el momento ya se establecían cotizaciones al sistema pensional, aún ellas no contaban con salarios dignos. Por este motivo, al realizar el análisis de la situación de las madres cabeza de familia, en la sentencia la Corte estableció, que existía en efecto, una prestación personal del servicio, al ser éstas las encargadas de cuidar de 12 a 15 niños y niñas, brindarles afecto, alimentación y cuidado, realizar actividades pedagógicas y estar al tanto de su salud e higiene personal.

Por su parte, en cuanto al salario establecido, se hace enunciación de que los fondos girados por el ICBF a las madres cabeza de familia tenían destinaciones específicas dentro de las que se encontraba una bonificación. Por lo que como concluye en este punto la sala:

“Si bien desde el principio, tanto el legislador como el ICBF solo se preocuparon por denominar al emolumento pagado a las Madres Comunitarias como una beca o bonificación, a fin de ocultar su verdadera naturaleza; lo cierto es que, según las circunstancias reales, su continuidad y características, siempre se trató de un salario”<sup>38</sup>

En cuanto a la subordinación y dependencia se establece que el ICBF tenía la facultad de iniciar acciones disciplinarias en contra de las Madres Comunitarias que no cumplieran con los lineamientos emitidos por la entidad estatal<sup>39</sup>.

---

36 Así las cosas, como lo determina la corte constitucional, con anterioridad a la sentencia T 480-16, las Madres Comunitarias pertenecen a un régimen intermedio, pues no reconoce la “beca” como un salario, pero si indica que hay una subordinación, teniendo entonces características de un trabajador dependiente e independiente. Corte Constitucional, M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T- 628 de 10 de Agosto de 2012.

37 Mediante esta ley se crea el sistema de seguridad social integral en Colombia y se dictan otras disposiciones, consultada el 1 de Septiembre de 2018, en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

38 Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia T- 480-2016...Arg. 143

39 Es decir, la imposición de una jornada de trabajo entre cuatro horas para quienes se desempeñaran medio tiempo y ocho horas para tiempo completo, y el cumplimiento de



Así las cosas, concluye la Corte Constitucional que con base en el principio de primacía de realidad sobre las formas, entre las peticionarias y el ICBF si existió una relación laboral desde el inicio del proyecto esto es desde el 29 de diciembre de 1988 o desde el momento en el que cada una se haya vinculado hasta el 31 de enero de 2014, considerando que efectivamente la legislación cambió favorablemente y les reconoció un vínculo laboral desde esta fecha.<sup>40</sup>

Esta sentencia acarrearía como consecuencia que el ICBF tuviese que reconocer a todas las Madres Comunitarias las cotizaciones a pensión y demás derechos laborales, desde el inicio del programa; por lo que de esta forma se garantizaría que las mujeres que prestaron su servicio a este ente, pudieran tener una pensión de vejez. No obstante, esta decisión de la corte, fue recurrida por el órgano estatal, bajo el argumento que no se había respetado el debido proceso al desconocer el precedente constitucional que había con anterioridad al mismo.

Por esta razón, un año después mediante auto 186 de 2017, se declara la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, bajo la causal de “no observancia al precedente jurisprudencial”, estimando que existía criterio uniforme respecto a que la vinculación que existía entre las madres cabeza de familia y el ICBF no revestía el carácter de relación laboral. Si bien el carácter del derecho es dinámico, una sentencia de revisión no puede desconocer las decisiones que se han tomado en pleno, pues la jurisprudencia sólo puede ser cambiada de la misma manera.<sup>41</sup> Esta nulidad parcial permitió que las 106 demandantes continuaran con el amparo otorgado por la Corte en la sentencia T-480 de 2016, es decir que por parte del ICBF se realizaran las cotizaciones de seguridad, comprobando la vinculación y demás al programa de Madres Comunitarias.

---

determinadas responsabilidades que se encontraban claramente indicadas en los acuerdos.

40 En este sentido es importante aclarar que desde el año 2014, mediante decreto 289 de este mismo año se reglamentó la regulación laboral de las Madres Comunitarias, por lo que la mayor problemática radica en las mujeres que se desvincularon antes del año 2014, o de quienes a la fecha de promulgación de la norma llevan gran cantidad de años de servicio, pues esto quiere decir que no cuentan con las semanas de cotización al sistema, para el reconocimiento de una pensión de vejez.

41 En este sentido la Corte establece: “El artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 establece que todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por Sala Plena, por consiguiente, las Salas de Revisión no tienen la facultad de modificar una posición jurisprudencial definida por el pleno de la Corte Constitucional. Esto, por cuanto resultaría contrario al principio de seguridad jurídica y al derecho a la igualdad de trato ante las autoridades judiciales”

Esto claramente dejó en desprotección a las demás Madres Comunitarias que no se encontraban incluidas dentro de la sentencia, por lo que continuando con la lucha jurídica, las mismas interpusieron acciones de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, en especial los laborales, por lo que la Corte Constitucional, tuvo que nuevamente en sede de revisión, establecer una sentencia de Unificación. Ésta es la SU- 079 de 2018, en la cual no se hace un ajuste a la realidad de las mujeres que ejercen esta labor, sino que continúa con la línea anterior, en la que considera que el trabajo desempeñado es de carácter “voluntario y solidario” por lo que no existe una relación laboral, para aquellas que no hayan estado en el programa desde 2014, fecha en la que se reguló la vinculación de las Madres Comunitarias, indicando que la mismas tienen contrato mediante los Programas de Hogares de Bienestar, pero que no son servidoras públicas, al no tener una relación directa con el ICBF.

De esta manera, se concluye por parte de la Corte, que: “En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor.”<sup>42</sup>

## 5. Análisis Final

El trabajo doméstico y de cuidados aún no ha superado la crisis. Una crisis que refiere a su no reconocimiento como un factor importante en el sistema productivo, el cual invisibiliza el trabajo de miles de mujeres que se dedican a ello. Un ejemplo está en lo establecido con las Madres Comunitarias en Colombia, quienes son un claro reflejo de la concepción que tienen los trabajos de cuidados en nuestra sociedad.

Si bien se establece que los mismos, son importantes e imprescindibles para que una colectividad siga su operación habitual, no se les otorga un reconocimiento a quienes lo desempeñan, por ser una labor que al parecer no le aporta económicamente al sistema productivo<sup>43</sup>, sin embargo es evidente que lo sostiene.

---

42 Corte Constitucional de Colombia, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia SU-079 de 9 de Agosto de 2018, consultada el 2 de septiembre de 2018 en: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88339>

43 En este sentido es importante entender que el trabajo de cuidados y trabajo doméstico si hace un aporte económico, puesto si bien no genera un valor, si permite que haya presupuesto que el Estado no debe invertir en el cuidado y mantenimiento de la vida. Varela, N., *Feminismo para principiantes...* p.211.

Como se desprende de la jurisprudencia constitucional de Colombia en el caso analizado, se considera que las labores de cuidado realizadas por estas mujeres y algunos hombres<sup>44</sup>, se enmarcan en un “acto solidario y de contribución voluntaria”, desconociendo el motivo por el cual estas mujeres decidieron dedicarse a estas labores.

Sin duda, esto muestra cómo las mujeres aún permanecen realizando actividades domésticas y de cuidados, incluso cuando ingresan al sector productivo, pues tal como lo indican las estadísticas<sup>45</sup>, la mayoría de los servicios son prestados por mujeres, a diferencia de su presencia en el sector industrial o de la construcción.

Como se muestra en la norma que crea el programa de Hogares de Bienestar, el mismo se realiza para comunidades más vulnerables, siendo entonces un apoyo para la alimentación, nutrición, higiene, cuidado y protección de los menores. Sin embargo, se elude que también las mujeres, que se hacen responsables de los mismos, se encuentran en una situación económica precaria, y que por esa razón encontraron una oportunidad laboral que les permitía tener un ingreso autónomo, mayormente para contribuir en sus hogares, pues sus familias generalmente dependen de un salario mínimo.

No obstante, desde su vinculación (anterior al año 2014), las mismas han sufrido discriminación sistemática y continuada, al no recibir siquiera por parte del Estado un salario mínimo, bajo el argumento de que estas labores “a las que se avocan se hacen voluntariamente” y que esa “beca” que otorga el Estado corresponde a un reconocimiento por su labor mas no por se asemeja a un salario.

Pese a ello, el ICBF, responsable de estos Hogares de Bienestar, establecía diferentes lineamientos para que fueran cumplidos por las responsables de cada Hogar de Bienestar, haciendo los controles correspondientes, y en el caso en que no se cumpliera con lo ordenado, se generaban llamados de atención y hasta disposiciones de cierre, que muchas mujeres alegaron judicialmente<sup>46</sup>, por considerar que era su medio de subsistencia, evocando el

---

44 El porcentaje de hombres que se dedican a esta labor es ínfimo, comparado con las mujeres. Quienes han realizado las peticiones ante los jueces han sido las mujeres y los hombres que han recurrido son esposos en estado de viudez, por lo que solicitan la pensión de sobreviviente ( es decir la que le corresponde por derecho, por su esposa)

45 ONU Mujeres, “*Hacer las promesas Realidad: La igualdad de género en la Agenda 2030 para el desarrollo Sostenible*” ... p.23.

46 Al respecto se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T- 1029 de 27 de septiembre de 2001, y la sentencia

derecho al trabajo como uno de sus derechos vulnerados.

Para el Estado, quien se encontraba representado por el ICBF, el trabajo realizado por las Madres Comunitarias se enmarcaba en los contenidos constitucionales referidos a la niñez, que establecen que hay una corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia para su cuidado<sup>47</sup>. En este sentido, estas mujeres representaban el segundo actor ( la sociedad), siendo un argumento falaz, pues las mismas se encontraban en claras condiciones de vulnerabilidad y no tenían en muchos casos otra oportunidad laboral que les permitiera tener un sustento y una calidad de vida.

Así las cosas no se puede desdibujar la verdadera intención Estatal, que estaba cubriendo su rol mediante el aprovechamiento del trabajo de estas mujeres. Como se desprende del análisis de la sentencia que fue anulada por la Corte ( St. T-480 de 2016), se puede establecer: 1. Que las actividades ejercidas por estas mujeres, sí tenían el carácter de prestación personal del servicio, 2. Que la denominada “beca” correspondía a una remuneración, inequitativa y discriminatoria, pues la misma era inferior a un salario mínimo<sup>48</sup>, y 3. Que los lineamientos que establecía el ICBF debían ser cumplidos por la Madres Comunitarias, además de los horarios de ocho horas, constituyendo entonces subordinación. Así las cosas, existía una verdadera relación laboral que, como puede, observarse tuvo que ser demandada con posterioridad por cuestiones, que a la luz de un jurista y un defensor de los derechos humanos reviste extrañeza, puesto que basados en el carácter procedimental desestimaron una sentencia que había analizado sustancialmente el derecho.

Por tal motivo, es claro que la legislación colombiana desde el nacimiento de los Hogares de Bienestar y la demás regulación de las labores de las Madres Comunitarias, estableció un sistema violatorio de sus derechos<sup>49</sup>, quie-

---

del M.P. Humberto Sierra Porto, T- 628 de 10 de Agosto de 2012. Pueden ser consultadas en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>.

47 A su vez, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia reza: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

48 Al respecto es importante establecer que ningún trabajador en Colombia puede recibir por su trabajo menos de un salario mínimo.

49 Tal como lo indica la sentencia en mención, las mujeres fueron objeto de una serie de actos discriminatorios. “Es un trato discriminatorio compuesto, toda vez que no se trata de solo una manifestación de discriminación sino que comprende varios actos discriminatorios que fueron realizados en contra de las personas que desempeñaron la labor de ma-

nes dedicadas al cuidado de los niños de los barrios más segregados del país. Esto muestra, como se siguen generando sistemas jurídicos que permiten el mantenimiento de la mujer en un estamento aislado, o del sector meramente privado, ejerciendo actividades que no le otorgan independencia económica (pues no se reconoce las labores de cuidados pecuniariamente para quienes se dedican completamente a ello), es decir, la normatividad gira entorno a la perpetuación de estas situaciones, desconociendo los derechos de igualdad, y las metas que se han trazado dentro de los ODS, que marcan la importancia de disminuir las brechas con el fin de alcanzar un desarrollo para los países.

De esta manera, se evidencia, cómo a pesar de que Colombia es un Estado de derecho y de derechos, se encuentra permeado por esta estructura que ha dejado por fuera los cuidados como un elemento esencial del sistema productivo. La segregación de los roles sexistas perduran en una sociedad, en la cual no hay aún una consciencia colectiva, respecto a la importancia de las mujeres y de sus labores en la misma, ya que no se trata de desconocer la relevancia de los cuidados, sino todo lo contrario de poner sobre la mesa una labor invisibilizada, que ha permitido que se continúe con las brechas entre los géneros.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta, que muchas de las mujeres que se

---

dre o padre comunitario. Es sistemático, ya que se materializó con la ejecución ordenada de múltiples actos y manifestaciones que contenían o se ajustaron a una ideología diferenciada en razón de género a todas luces injustificada. Es continuado, en la medida que duró o se mantuvo incólume por un lapso considerablemente amplio, 3 o 4 décadas aproximadamente, hasta que se redujo con la reglamentación de la vinculación laboral de las Madres Comunitarias mediante la expedición y aplicación del Decreto 289 de 2014. Incluso, resulta válido afirmar que a la fecha aún persisten los efectos de ese acto diferenciado, pues de no ser así, las 106 Madres Comunitarias no se habrían tomado la molestia de reclamar, a través de apoderado judicial, el amparo de sus derechos fundamentales, especialmente el de igualdad, por haber recibido un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente durante todos esos años. Por último, es un trato discriminatorio de relevancia constitucional, por cuanto se produjo contra 106 mujeres que tienen las siguientes condiciones particulares que las hace sujetos de especial protección constitucional: (i) encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente; (ii) ser parte de uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente; y (iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo. Además, de esas 106 accionantes: (iv) 95 se hallan en el estatus personal de la tercera edad y (v) 25 afrontan un mal estado de salud. Corte Constitucional de Colombia, M.P. Alberto Rojas Rios, Sentencia T- 480 – 2016.

han desempeñado como Madres Comunitarias, en este momento, no cumplen con las semanas de cotización para acceder al Sistema de Seguridad Social, pese a haber prestado un servicio por más de 20 años. Cuestión que afianza la desigualdad en el trato, que como trabajadoras recibían, al no ser reconocidas como tal, y ahora al perpetuar las brechas de desigualdad, pues al no garantizar un ingreso para las mujeres en la tercera edad, muchas de ellas quedarán desamparadas, y tendrán que depender económicamente del Estado (con programas que otorgan ayudas ínfimas que no alcanzan para el sostenimiento de una persona), de sus hijos o de su pareja, siendo en muchos casos víctimas de violencia doméstica.

De esta manera, el reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidados y su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, es una medida preponderante, necesaria para trabajar en pro de la meta 5.4. de los ODS, que se alinea, en igual medida, con los preceptos consagrados para los planteados en cuestiones de trabajo decente.

## 6. Bibliografía.

- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, A/RES/70/1, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 2015, consultado el 15 de septiembre de 2018, en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.
- Blázquez Agudo, E. La igualdad de género como Objetivo de Desarrollo Sostenible, *Revista Femeris*, Vol.2., N°1, Universidad Carlos III de Madrid, 2017.
- Cifuentes Bernal, B. & Pérez Orozco, A., “Las madres comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar comprometidas con la atención integral de los niños en condiciones de pobreza y/o situación vulnerable”, *Lumen*, N° 6, Universidad del Norte, 2008.
- Davis A, *Mujeres Raza y Clase*, Ediciones Alcal, 2 Edición, Madrid, 2004-2005.
- Federici, S. *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, Madrid, Traficantes de sueños, 2013.
- Gilligan, C., “El daño moral y la ética del cuidado”, *Cuadernos de la Fundació Víctor Gri-fols i lucas*, N.º 32, 2013, pp. 10-39.
- Huertas Bartolomé, T., Cabezas González, M., Torres Margalef, J., Fernandez Arrúe, E., *La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social Iberoamericanas*, OISS, 2016.
- López Pardina, T., “Prólogo”, en, Beauvoir S., *El Segundo Sexo*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2 Edición, 1999.
- Marçal, K., ¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la econo-

- mía. Trad. E. García Posada, Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2 Edición, 2017.
- Mellor M., “Plantando cara al nuevo (des)orden mundial: Socialismo Verde Feminista”. En *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas.*, editado por Cristina Carrasco, Cristina Borderías y Teresa Torns, Madrid, Catarata, 2011, pp. 252-277.
- Organización Internacional de Trabajo, *Las mujeres en el Trabajo*, Ginebra, 2016, consultado el 15 de septiembre de 2018 en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_483214.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_483214.pdf).
- Organización de Naciones Unidas, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, New York, 2018, consultado el 2 de Septiembre de 2018, en: <https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2018/TheSustainableDevelopmentGoalsReport2018-ES.pdf>.
- ONU Mujeres, “*Hacer las promesas Realidad: La igualdad de género en la Agenda 2030 para el desarrollo Sostenible*” Milán, 2018, consultado el 5 de Septiembre de 2018, en: <http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-gender-equality-in-the-2030-agenda-for-sustainable-development-2018-es.pdf?la=es&vs=834>.
- Thomas, C., “Deconstruyendo los conceptos de cuidados”. En *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas.*, editado por Cristina Carrasco, Cristina Borderías y Teresa Torns, Madrid, Catarata, 2011, pp. 145-176.
- Varela, N. *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, 1 Edición, Barcelona, 2013.

## 6.1. Jurisprudencia.

- Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia T- 269 de 23 de Junio de 1995. Consultada el 10 de Septiembre de 2018, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-269-95.htm>.
- \_\_\_\_M.P. Hernando Herrera Vergara, Sentencia SU-224 de 20 de Mayo de 1998, consultada el 10 de Septiembre de 2018, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU224-98.htm>
- \_\_\_\_M.P. Jaime Córdoba Triviño, T- 1029 de 27 de septiembre de 2001 consultada el 15 de Septiembre de 2018, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1029-01.htm>
- \_\_\_\_M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia T- 628 de 10 de Agosto de 2012, consultada el 15 de Agosto de 2018, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-628-12.htm>
- \_\_\_\_M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia T- 480 de 1 de Septiembre de 2016, consultada el 1 de Agosto de 2018, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-480-16.htm>
- \_\_\_\_M.P. José Fernando Reyes Cuartas, SU-079 de 9 de Agosto de 2018, consultada el 1

de Septiembre de 2018, en: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88339>